

XIV CONVEGNO ANNUALE
DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
**"IMPRESE, MERCATI E SOSTENIBILITÀ: NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO
COMMERCIALE"**

Roma, 26-27 maggio 2023

ANDREA PALAZZOLO

PROFESSORE ABILITATO DI SECONDA FASCIA E RICERCATORE DI TIPO B DI DIRITTO COMMERCIALE PRESSO L'UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA – PROFESSORE A CONTRATTO DI DIRITTO SOCIETARIO PRESSO LA LUISS GUIDO CARLI

Adeguatezza, legalità e sostenibilità. La delibera istitutiva degli assetti organizzativi e le sue "patologie".

Adequacy, legality and sustainability. The resolution establishing the organizational structures and its "pathologies".

SOMMARIO: 1. Adeguatezza, legalità e sostenibilità: il rilievo fondante della delibera istitutiva degli assetti; 2. L'obbligo di "istituzione" degli assetti adeguati. Procedimento e contenuto della decisione. 3. Esclusività della gestione e ripartizione di competenze. L'istituzione "delegata" degli assetti. 4. Impugnabilità delle decisioni dell'organo amministrativo e legittimazione. 5. Natura del vizio e sindacato di merito. 6. La tutela cautelare. Gli effetti della dichiarazione di invalidità o di sospensione.

SUMMARY: 1. Adequacy, legality and sustainability: the founding importance of the resolution establishing the structures; 2. The obligation to "establish" adequate structures. Procedure and content of the decision. 3. Exclusivity of management and division of responsibilities. The "delegated" institution of structures. 4. Contestability of the decisions of the administrative body and legitimacy. 5. Nature of the defect and review of the merits 6. Precautionary protection The effects of the declaration of invalidity or suspension.

ABSTRACT:

La centralità della tematica degli adeguati assetti organizzativi rispetto al perseguimento di obiettivi di sostenibilità è di immediata evidenza. In tale contesto appare rilevante, trattandosi di una regola fondante l'agire sociale, scrutinare il tema dell'invalidità della delibera istitutiva degli assetti, partendo dall'esame della fattispecie normativa, volta a qualificare l'esistenza o meno di un obbligo procedimentale a contenuto predeterminato o predeterminabile, concludendo per l'esigenza che la delibera sia adottata in forma collegiale, quanto meno rispetto alla fase di "valutazione", qualora la loro istituzione sia stata delegata. Posta tale conclusione, viene scrutinato il tema della competenza nelle società che contemplano l'intervento dei soci in fase gestoria rispetto al principio di esclusività nell'istituzione degli assetti in capo agli amministratori, nonché quello dell'amministrazione delegata, nelle sue diverse declinazioni (delega integrale, parziale o frazionata). Una volta definiti i contorni della fattispecie in termini di procedimento, forma e contenuto, si passa all'analisi dei profili più propriamente legati all'impugnazione, verificando anzitutto la legittimazione, riconosciuta in capo al socio stante l'astratta capacità della delibera di creare un pregiudizio diretto ed ipotizzando, nei casi più gravi anche quella del creditore sociale, che vi ha interesse in quanto pregiudicato dall'assenza di un sistema di adeguato controllo del rischio della crisi a tutela del proprio diritto. In tal senso, la natura del vizio viene

ricostruita in termini sostanziali, distinguendo tra l'ipotesi di annullamento e quella di nullità, sulla base del criterio della lesione di interessi generali ovvero particolari; dunque, propri solo di determinate categorie di soggetti. In tal senso viene affermata l'esistenza di un obbligo di trasparenza e di motivazione della delibera, principio trans-tipico valevole per gli atti a contenuto deliberativo che sortiscano effetti di carattere generale, e realizzato un parallelo con la disciplina dei vizi del bilancio, anche in ragione della derivazione da discipline secondarie o da prassi codificate in regole vincolanti. Vengono infine esaminate le conseguenze derivanti dalla dichiarazione di invalidità o di sospensione della delibera, ritenendo ammissibile la tutela cautelare ed obbligatorio, in entrambi i casi, che si provveda ad una nuova deliberazione ovvero, in caso di inerzia, all'attivazione degli strumenti suppletivi.

ABSTRACT:

The centrality of the issue of adequate organizational structures with respect to the pursuit of sustainability objectives is very evident. In this context, since it is a founding rule of social action, it appears relevant to scrutinize the issue of the invalidity of the resolution establishing the structures, starting from the examination of the legislative case, aimed at qualifying the existence or otherwise of a procedural obligation with a predetermined or predeterminable content, concluding for the need for the resolution to be adopted in collegial form, at least with respect to the "evaluation" phase, if their establishment has been delegated. Given this conclusion, the issue of competence in companies that contemplate the intervention of shareholders in the management phase is scrutinized with respect to the principle of exclusivity in the establishment of the structures in the hands of the directors, as well as that of the delegated administration, in its various forms (delegation integral, partial or fractional). Once the contours of the case in terms of procedure, form and content have been defined, we move on to the analysis of the profiles more properly linked to the appeal, first of all verifying the number of legitimated subjects, recognized as the shareholder given the abstract capacity of the resolution to create a direct prejudice and assuming, in the most serious cases also that of the company creditor, who has an interest in it as prejudiced by the absence of an adequate system of control of the risk of the crisis to protect his right to credit. In this sense, the nature of the defect is reconstructed in substantial terms, distinguishing between the hypothesis of annulment and that of nullity, on the basis of the criterion that the defect determines the injury of general or only particular interests; therefore, proper only to certain categories of subjects. In this sense, the existence of an obligation of transparency and motivation of the resolution is affirmed, a trans-typical principle valid for deeds with a deliberative content that have effects of a general nature, and a parallel is created with the regulation of budget defects, also due to of the derivation from secondary disciplines or from practices codified in binding rules. Finally, the consequences deriving from the declaration of invalidity or suspension of the resolution are examined, deeming precautionary protection admissible and mandatory, in both cases, for a new resolution to be implemented or, in the event of inertia, the activation of supplementary instruments.

PAROLE CHIAVE:

1. Assetti organizzativi; 2. Adeguatezza; 3. Sostenibilità; 4. Invalidità. 5. Legalità; 6. Amministratore delegato; 7. Collegio sindacale; 8. Vizi; 9. Denuncia di gravi irregolarità; 10. Sospensione cautelare; 11. Motivazione delle delibere; 12. Competenza; 13. Procedimento;

14. Legittimazione; 15. Creditori sociali; 16. Società personali; 17. SRL.

KEYWORDS:

1. Organizational structures; 2. Appropriateness; 3 Sustainability.; 4. Disability. 5. Legality; 6. Chief Executive Officer; 7. Board of Statutory Auditors; 8. Vices; 9. Reporting of serious irregularities; 10. Precautionary suspension; 11. Motivation of resolutions; 12. Expertise; 13. Process; 14. Legitimation; 15. Corporate creditors; 16. Personal companies; 17. SRL.

1. *Adeguatezza, legalità e sostenibilità: il rilievo fondante della delibera istitutiva degli assetti.*

La centralità della tematica degli adeguati assetti organizzativi rispetto al perseguimento di obiettivi di sostenibilità è di intuitiva evidenza, guardando a quest'ultima nei suoi diversi risvolti, a partire dalla tutela della legalità e della correttezza dell'agire sociale che ne costituiscono primaria applicazione¹, passando a temi più specifici, quali la tutela ambientale o sociale. Non potrebbe darsi adeguatezza in presenza di un sistema non improntato a garantire, quale elemento di legalità e di sostenibilità, il rispetto delle regole di corretta gestione societaria e imprenditoriale, espressione di certo più ampia dell'ambito in cui è stata concepita (art. 2497 cc), sicché potrebbe persino predicarsi un sillogismo tra l'assunzione di atti contrastanti con tali principi e l'inadeguatezza degli assetti organizzativi aziendali.

Nel dibattito in corso il tema dell'adeguatezza degli assetti è stato sinora affrontato esclusivamente in chiave di responsabilità, assumendo che la loro mancata o carente istituzione costituisca inadempimento di uno tra i principali doveri dell'organo amministrativo. Non risulta che in dottrina o in giurisprudenza ci si sia ancora occupati della patologia della delibera istitutiva, per quanto non possa negarsi come quest'ultima rappresenti il momento fondante del sistema, in assenza di cui neppure potrebbe discutersi di eventuali problematiche di inadeguatezza, salvo che queste non si identifichino nella radicale assenza degli assetti. D'altra parte, la persistenza di un assetto inadeguato, al pari di quello inesistente, è suscettibile di creare un grave e permanente problema, impedendo di conformare l'attività sociale a regole di corretta gestione societaria e imprenditoriale, rilevanti anche ai fini della sostenibilità, non risolvibile solo attraverso rimedi risarcitori ovvero la denuncia ex art. 2409². Ciò a maggior ragione se l'inadeguatezza investa ambiti che pregiudicano il raggiungimento di primari obiettivi di sostenibilità che, oltre ad identificarsi in regole di legalità, potrebbero, come nel caso delle società benefit,

¹ Sul punto sia consentito un rinvio a quanto più ampiamente illustrato in A. PALAZZOLO, *L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato, disciplina settoriale e diritto comune*, cap. V. *Assetti organizzativi e doveri gestionali nelle imprese in crisi di legalità*, 203 e ss., Giappichelli, 2020.

² Di conseguenza, il giudice, chiamato a valutare l'esistenza di gravi irregolarità nella gestione, potrebbe incidentalmente esaminare vizi, formali o sostanziali, che afferiscono alle delibere societarie non per valutare l'atto in sé ovvero la sua eliminazione (che va chiesta attraverso l'impugnazione delle deliberazioni), ma per scandagliare le ripercussioni di quei vizi sulla corretta gestione societaria. In questa prospettiva, un bilancio asseritamente illegittimo può essere censurato mediante l'impugnazione della delibera che lo ha approvato quando il socio intenda eliminare quel documento contabile dal mondo giuridico, ma ciò non esclude che il socio, interessato a valutare l'incidenza dei vizi contabili sulla gestione operativa della società, possa fare ricorso al diverso rimedio di cui all'art. 2409 c.c. (cfr. Cass. 10804/99). Sul punto per una residualità del rimedio ex art. 2409 si veda M. GABOARDI, *L'art. 2409 c.c. nella prospettiva dell'oggetto del processo* (nota a Tribunale Venezia decr., 06 febbraio 2019), in *Società* 1/2020, pag. 73 ss.

rappresentare l'obiettivo stesso dell'agire sociale e in ogni caso esigenze cui improntare l'attività aziendale in una prospettiva di lungo termine.

La possibilità di ammettere una tutela invalidante consentirebbe, dunque, di giungere alla demolizione, eventualmente previa sospensione in via cautelare, della delibera istitutiva, senza bisogno di qualificare la condotta come gravemente irregolare, nozione, come noto, che presuppone situazioni non coincidenti né con i vizi della delibera né con il semplice inadempimento dei doveri inerenti la carica, così perseguendo, anticipatamente ed ampiamente, l'obiettivo di istituire un assetto organizzativo adeguato ed in quanto tale astrattamente sostenibile.

La trattazione si propone di esaminare il tema scrutinando se l'obbligo di istituzione abbia o meno un contenuto predeterminato o predeterminabile e come tale si presti ad una verifica della ricorrenza di tutti gli elementi necessari, anche sotto il profilo della ripartizione di competenze, per poi ricostruire la natura del vizio e con esso le categorie dei soggetti legittimati ad agire. Infine, affrontando la questione della possibile sospensione della delibera e delle eventuali conseguenze della dichiarazione di invalidità sull'organizzazione sociale.

2. L'obbligo di "istituzione" degli assetti adeguati. Procedimento e contenuto della decisione.

L'art. 375, comma 2, del Codice della crisi ha per un verso modificato la rubrica dell'art. 2086 c.c., da "Direzione gerarchica dell'impresa" a "Gestione dell'impresa"; per altro ha introdotto il comma 2, ai sensi del quale: *"L'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'Ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*. In stretta correlazione con tale norma, l'art. 377 del Codice, ha apportato modifiche agli articoli relativi all'amministrazione nelle Società di persone (art. 2257 c.c.), nelle Società azionarie (art. 2380-bis e art. 2409-novies, relativo alle S.p.A. che abbiano adottato il modello dualistico di gestione), nonché nelle Società a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.). Principio portante e fondamentale è l'attribuzione, in tutti i tipi societari³, della gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori, tenuti a compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. In dottrina è stato sostenuto che il dettato di cui all'art. 375 c.c.i.i., costituisce una clausola di portata generale, tale da imporre un obbligo di corretta gestione, trasversale a tutti i modelli di esercizio collettivo dell'attività d'impresa, di innovatività sistemica⁴, senza trascurare, tuttavia, che - ove correttamente intesa - l'efficacia dei modelli amministrativi debba essere sempre rapportata alla tipologia societaria di riferimento⁵.

³ Neanche l'imprenditore individuale è esentato dal dovere di adottare *"misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi"* ex art. 3 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

⁴ In tal senso V.P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, p. 483; ed anche G. CAVALLI, Sub. Art. 149, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da Campobasso, I, Torino, 2002, p. 1242, secondo il quale *"la struttura organizzativa della società per azioni rappresenta una componente dei principi di corretta amministrazione"*.

⁵ *"Onde ben può ritenersi che un determinato modello sia in grado di assicurare un adeguato livello di unità e coerenza della gestione in alcuni tipi, e non in altri"*, cit. A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Quaderno 18, Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Collana Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 148.

L'aspetto organizzativo è connaturato all'attività d'impresa, già ai sensi dell'art. 2082 c.c., ed è riscontrabile una interazione ed una correlazione tra principi di organizzazione dell'impresa e regole di corretta gestione della medesima. Sul punto, si è instaurato un vivace dibattito dottrinario, stante la carenza di norme recanti una compiuta descrizione del potere di gestione; alcuni autori⁶ hanno inteso la gestione come "nozione tipologica", piuttosto che come un vero e proprio "concetto", caratterizzata da un non trascurabile grado di approssimazione; altri⁷, diversamente, asseverando una "nozione normativa", hanno ricavato la definizione di gestione dall'art. 2086 c.c., dunque dal potere di direzione dell'impresa, spettante inderogabilmente all'imprenditore individuale ed agli amministratori di società, da intendere come impersonanti "l'assetto organizzativo" dell'impresa stessa. Di conseguenza, secondo tale concezione, la riconduzione della nozione di gestione all'interno di concetti normativi, andrebbe preferita, alla luce degli artt. 2380-bis, 2475 e 2257 c.c., ove sono contenuti riferimenti espliciti al potere degli amministratori di compiere le "operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", potere che implica, con evidenza, anche quelli prodromi di programmazione e di organizzazione⁸. In definitiva, con riguardo all'adeguatezza degli assetti societari, l'organo amministrativo risulta titolare di un potere discrezionale, che è funzionale al dovere, più generale ed espressamente attribuito ad esso da parte del legislatore, della loro "cura" e "valutazione". L'organizzazione sarebbe ricomprendibile nella gestione, mentre il *quid novi* sarebbe l'introdotta parametro dell'adeguatezza, da intendere come "componente centrale e non rinunciabile" dell'attività di gestione⁹. Il giudizio valutativo, necessariamente collegiale, deve tenere conto, oltre che della legittimità e ragionevolezza delle determinazioni assunte, altresì, della funzionalità di tali determinazioni a rilevare tempestivamente una situazione di crisi, anche solo in termini astratti e potenziali¹⁰.

Concentrandosi sui profili che maggiormente attengono all'indagine, cioè quelli relativi ai profili procedimentali e di contenuto della decisione di istituire gli assetti, secondo condivisibile dottrina, l'impiego del termine "istituzione" - nella nuova formulazione dell'art. 2086, c.2 c.c., per effetto dell'art. 375, c. 2 c.c.i.i. - sottenderebbe la volontà legislativa di dettare una regola di necessaria formalizzazione degli strumenti di organizzazione e di gestione aziendale, quali organigrammi, procedure aziendali, flussi informativi, modelli, etc., conformemente alla tendenza, recentemente registrabile, di progressiva valorizzazione

⁶ In tal senso, C. ANGELICI, *A proposito di "interessi primordiali" dei soci e "gestione esclusiva" degli amministratori*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2020, I, 69 e ss.

⁷ Tra gli altri, M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 e ss.

⁸ Gli amministratori non sarebbero più onerati soltanto di agire diligentemente per il conseguimento dell'oggetto sociale, bensì anche con riferimento agli aspetti interni relativi al concreto svolgimento dell'attività d'impresa, con specifico riguardo, per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, all'adeguatezza degli assetti organizzativi, con il precipuo fine di consentire il tempestivo rilievo di una situazione di crisi e, più in generale, di consentire l'organizzazione dell'impresa. In tal senso M. BILLI, *Codice della crisi d'impresa: adeguati assetti organizzativi e ruolo degli amministratori*, in *Diritti e processo*, p. 225.

⁹ In questi termini si è espresso G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, p. 42, in *Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali* a cura di M. Irrera, Bologna, 2016.

¹⁰ Cfr. Trib. Roma, 8 aprile 2020, espressamente ritiene che la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisca "l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma, al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e dal momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere".

del momento dell'organizzazione all'interno della disciplina dell'impresa¹¹. In tale ottica, allo scopo di garantire l'adeguatezza, quindi, andrebbero compiute apposite deliberazioni, ovvero, in caso di delega di funzioni, assunte apposite determinazioni¹².

È stata rilevata l'assenza di un effettivo apporto innovativo della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., che conterrebbe una mera esplicitazione e precisazione dei doveri di prudenza¹³ e di cautela, pacificamente vevoli già sulla base delle disposizioni vigenti¹⁴, nonché dell'espressione, solo in modo più enfatico, del già previsto dovere di diligenza nella gestione della società, gravante sugli amministratori della stessa, quale modalità secondo cui la prestazione deve essere eseguita. Pertanto, dotarsi di strumenti che diano visione della conduzione, dell'organizzazione e dell'andamento della società, non è altro che un modo diligente di operare per un imprenditore, indipendentemente dalla forma per la quale egli abbia optato al fine di condurre la propria attività produttiva¹⁵. Si innesta, a tal riguardo, il distinguo logico tra adempimento e modalità dell'adempimento, cioè tra ciò che un organo societario debba fare per adempiere al proprio compito di amministrare e la diligenza mediante la quale esso debba adempiere la propria obbligazione di gestire l'impresa. Fino al periodo precedente all'emanazione del D.lgs. n. 14/2019, la creazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati si intendeva ricompresa nell'ambito della diligenza, cioè implicata nel giudizio sulle modalità di adempimento della prestazione; diversamente, allo stato attuale, tale dovere sembrerebbe essere stato dotato di autonomia propria, divenendo l'oggetto di una prestazione da adempiere in sé.

Si è obiettato che l'adesione a tale ricostruzione, seppure aderente al dettato testuale della norma, recherebbe delle contraddizioni, in quanto il richiesto risultato della prestazione (*ex lege*, l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura ed alle dimensioni dell'impresa) fa richiamo all'applicazione della clausola generale dell'adeguatezza, la quale andrebbe ritenuta, più correttamente, una specificazione della diligenza e non, piuttosto, come potrebbe apparire dal dato letterale, una condotta

¹¹ V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1° febbraio 2021, 1, 69.

¹² In questo senso, A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Quaderno 18, Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Collana Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 134.

¹³ Si fa notare l'etimologia del termine "prudenza", derivante dal latino "*providentia*", che si compone della preposizione "*pro*" e del verbo "*videre*", nel senso di capacità di vedere lontano, cioè, nel contesto di specie, di anticipare le scelte di gestione ad un momento prodromo all'effettiva manifestazione e, soprattutto, alla degenerazione di una situazione di crisi dell'impresa. Ulteriormente, il termine "crisi", nell'etimologia greca *κρίσις*, significa "scelta, decisione, fase decisiva di una malattia", individuando il momento in cui si passa al vaglio un argomento.

¹⁴ La dottrina sul punto è pressoché unanime, *ex multis*: A. NIGRO, *Il diritto societario della crisi: nuovi orizzonti?* in *Rivista delle Società*, 2018, 1214, nota 21; N. ATLANTE - M. MALTONI - A. RUOTOLO, *Il nuovo art. 2475 c.c.. Prima lettura*, Studio n. 58-2019/I del Consiglio Nazionale del Notariato, 3.

In senso opposto, tuttavia, v. F. DI MARZIO (nt. 9), 134, il quale afferma che "*la novità più importante [della riforma] è collocata fuori dal codice dell'insolvenza e riguarda la modifica dell'art. 2086 c.c.*". L'autore sostiene che i doveri di cautela e di prudenza vanno riferiti all'imprenditore e non all'imprenditore in quanto debitore nei confronti dell'impresa, fino ad affermare che detti doveri "*costituiscono un debito dell'imprenditore verso l'impresa*", originando una responsabilità, definita "*estroflessa*", nei riguardi di tutti i soggetti, a vario titolo, interessati alla conservazione ed alla prosecuzione dell'impresa.

¹⁵ M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Rivista delle Società*, 1° giugno 2019, 2, 253.

qualificata e qualificabile *ex ante*, date la natura e le dimensioni dell'impresa¹⁶, osservando che l'effettivo raggiungimento del risultato può essere affermato soltanto *ex post*, a fronte della contestazione, da parte degli *stakeholders*, dell'inadeguatezza dei predisposti assetti¹⁷. L'idoneità delle norme già esistenti anteriormente all'entrata in vigore della Riforma in materia di crisi d'impresa, a consentire l'enucleazione del principio di adeguatezza degli assetti societari, sarebbe dimostrata dalla formulazione degli artt. 2381 e 2403 c.c., ove il detto parametro è riportato come un aspetto implicito proprio del più generale obbligo di gestione diligente dell'impresa¹⁸. Ancora, non innoverebbe la legislazione vigente in materia nemmeno la funzionalizzazione degli adeguati assetti alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale, trattandosi di un dovere, anche in questo caso, implicito ai principi e agli obblighi di adeguata organizzazione di cui all'art. 2381 c.c.¹⁹, e lo stesso potrebbe valere anche con riguardo alla chiosa di cui al nuovo testo dell'art. 2086 c.c., ove è previsto il dovere di adottare misure idonee al superamento della crisi, che - potrebbe dirsi - costituisca, pari modo, un dovere generale dell'impresa organizzata in forma collettiva o societaria, insito nella finalità primordiale del costituire e del fare impresa²⁰. Secondo tale dottrina, la reale portata innovativa della riforma si limiterebbe all'estensione del principio di gestione esclusiva, dunque anche della cura esclusiva degli assetti, di cui all'art. 2086 c.c., in capo ai componenti dell'organo amministrativo dei diversi tipi sociali, come si legge agli artt. 2257, c. 1, 2380-bis, 2409-novies, 2475, c. 1 c.c.²¹. Da qui, il richiamo dell'attenzione sulla tematica inerente ai rapporti tra

¹⁶ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *idem*, scrive in maniera critica: "Si deve senza dubbio concedere che nel linguaggio comune la diligenza sia detta talvolta oggetto di un dovere, ma tecnicamente nessuno può essere debitore o creditore della diligenza in sé, mentre ciascuno può essere debitore o creditore di una prestazione da eseguire con diligenza, correttezza e buona fede. Scrivere una legge con le parole del linguaggio quotidiano può essere un pregio, ma presentare un principio già compreso nella legge come una novità confonde le idee ed è sinonimo di una intenzione più prossima al proclama, che al precetto".

¹⁷ R. SACCHI (nt. 11), rispettivamente 1287 e 1288, afferma che "deve essere chiaro (soprattutto alla giurisprudenza) che l'assetto e adeguato alla natura e proporzioni dell'impresa quando è proporzionato alle stesse" e "al sindacato sul dovere- di monitorare i fattori di rischio per la continuità aziendale si applichi la business judgment rule"; pari modo, P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 78-79, sostiene che "la valutazione di adeguatezza, se effettuata *ex post* in termini di responsabilità degli organi, deve essere valutata con la ragionevolezza del giudizio *ex ante*, tenuto conto dell'imprevedibilità dei fenomeni economico-finanziari". Diversamente, a parere dell'autore, si innalzerebbe fortemente il rischio di una tendenza pericolosa verso l'attestazione di una responsabilità oggettiva, imputabile in considerazione dell'insuccesso del risanamento dell'impresa.

¹⁸ Nel senso che nell'obbligo di diligente gestione dovesse essere ricompreso l'obbligo di predisporre assetti adeguati *vd.* P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, Giappichelli, 2006, t. II, 489 e ss.; tesi condivisa anche da V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *idem*; *Contra, vd.* IRRERA, *Obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, P. 358 e ss.

¹⁹ *Ex multis*, SANTORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. Dir. soc.*, 2019, p. 634; e, in particolare, A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Aa.Vv., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum A. Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 813 e ss.

²⁰ A. MAZZONI, *idem*.

²¹ M.S. SPOLIDORO, *idem*, afferma al riguardo che "sarà così più facile imputare le violazioni dei doveri e nessuno dei titolari dell'esclusivo potere di gestione potrà più chiamare a propria discolora una persona fisica, in qualità di correo o di socio tiranno, che a sua volta potrà forse difendersi dicendo di essersi limitata a consigli e pareri, che gli amministratori ben potevano disattendere".

“gestione” e “amministrazione”²², specialmente con riguardo alle S.r.l. ed alle norme che attribuiscono ai soci competenze di gestione²³, essendo stato ridotto ogni spazio di operatività dell’autonomia privata, che, invece, era stato riconosciuto a seguito della riforma del 2003. Di diversa opinione, invece, altri commentatori, i quali, in ottica maggiormente riduttiva della portata del nuovo codice della crisi, hanno operato un distinguo tra aspetti afferenti alla “gestione” ed aspetti afferenti alla “amministrazione” della società, ritenendo che soltanto la “gestione” non sarebbe modificabile rispetto allo schema di implementazione normativa, mentre l’autonomia statutaria resterebbe garantita con riferimento agli ambiti della “amministrazione”. Si è precisato, a codesti fini che per “gestione”, *alias* organizzazione, dovrebbe intendersi l’istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili; mentre per “amministrazione”, dovrebbero intendersi tutti gli aspetti inerenti all’operatività della società, le determinazioni in materia di atti di gestione del patrimonio sociale ed il compimento di detti atti in nome e per conto della società stessa²⁴. L’istituzione degli assetti societari e la redazione del bilancio atterrebbero alla fase della gestione/organizzazione dell’impresa e sarebbero, pertanto, attribuzione esclusiva di tutti gli amministratori, sotto la loro personale responsabilità, e, di conseguenza, andrebbero compiuti congiuntamente o collegialmente, in tutti i tipi di società²⁵; invece, gli aspetti residuali, legati all’amministrazione/operatività dell’impresa, potrebbero essere affidati soltanto ad alcuni amministratori oppure a procuratori esterni all’organo amministrativo, o anche ai soci (chiaramente, non nelle S.p.A.). D’altronde, all’art. 2381 c.c. – che è norma riferita alle S.p.A., ma applicabile anche alle S.r.l. attraverso il riferimento espresso del nuovo art. 2475 ult. comma – è rappresentata in maniera esatta la bipartizione tra gestione ed amministrazione, con specifico riferimento all’ambito della delega dei poteri.

Pur comprendendo il senso delle critiche ad una interpretazione “letterale” della norma, la cui fattispecie sarebbe indeterminata (ma non indeterminabile), l’opzione preferibile resta a mio avviso quella che attribuisce valenza autonoma all’obbligo di istituire assetti adeguati, alla stregua di altri obblighi specifici previsti dalla vigente legislazione. A ben guardare, ad esempio in materia di bilancio, superata da tempo la problematica dell’oggetto della delibera, che non è la mera approvazione del documento, bensì del suo contenuto, l’indagine dei vizi si è fortemente discostata da una mera visione formalistica del rispetto della disciplina di legge, per affrontare in modo sempre più penetrante problematiche desunte dalla corretta applicazione dei principi contabili, specie in ordine a profili quali il deficit informativo o motivazionale del contenuto dei documenti di bilancio o a profili valutativi, quali la prospettiva di continuità aziendale, la appropriata applicazione dei criteri di stima, la corretta analisi dei rischi aziendali. È assunto non discutibile che la predisposizione del progetto di bilancio rientri tra gli obblighi specifici e

²² Propensi al tentativo di adeguarsi alla modifica normativa sembrano, *ex multis*, G. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva dell’impresa” da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, in *IlSocietario.it*, 2019; si veda, inoltre, la Massima 183 del 17 settembre 2019 approvata dalla Commissione Massime presso il Consiglio Notarile di Milano, *Limiti dei poteri di gestione dei soci non amministratori nelle S.r.l. (art. 2475 I c., c.c.)*.

²³ Rif. agli artt. 2479, c. 1 e 2468, c. 3, c.c.

²⁴ Aa. Vv., *Amministrazione e gestione delle società*, in *Riv. del Notariato*, 1° aprile 2021, 2, 429, dove si fa notare che gli artt. 2257, c.1, 2380-bis, c. 1 ult. per., 2475, c.1 c.c., oggi, recitano: “L’istituzione degli assetti di cui all’art. 2086 secondo comma spetta esclusivamente agli amministratori”.

²⁵ In altri termini, soltanto agli amministratori spettano il potere di e la responsabilità per l’organizzazione della società in modo da renderla conforme ai dettami dell’art. 2086, c.2, c.c.

non tra quelli generali di diligenza. D'altra parte, l'istituzione degli assetti organizzativi richiede competenze di carattere tecnico, sicché se per un verso, come riconosciuto dalla legge, sussistono ragioni analoghe a quelle ravvisabili con riguardo alle materie citate dall'art. 2475, co. 5, cod.civ. (progetto di bilancio, progetti di fusione e scissione, decisioni di aumento del capitale) per riservarla inderogabilmente alla cura dell'organo gestorio, dall'altro emerge con evidenza il contenuto "tecnico" di tale obbligo e dunque la possibilità di desumerne i criteri di redazione da regole proprie dell'arte, rendendo i contenuti quanto meno predeterminabili, in termini metodologici²⁶. Non a caso, soprattutto i dottori commercialisti da tempo si esercitano, insieme agli aziendalisti, nel creare schemi di riferimento per l'adozione di tali delibere, che costituiscono vere e proprie "architetture", simili a quelle in cui è costruito anche il bilancio, entro cui adattare le specifiche esigenze della società.

Assunta l'esigenza di una delibera conforme alla fattispecie legale di riferimento, si pongono, tra gli altri, due ulteriori profili: 1) quale sia l'organo societario dotato della competenza in materia di assetti organizzativi nelle S.r.l. e nelle società personali; 2) quali siano il metodo e la forma che siffatta determinazione gestoria deve assumere, nel silenzio della disciplina. Quanto al primo, gli artt. 2257, c. 1, 2380-bis, c. 1 e 2475, c. 1, nonché la disciplina delle S.r.l., ad esito dell'intervenuta modifica, hanno implementato il principio di esclusiva gestione dell'impresa da parte degli amministratori all'interno della normativa riferita alle società di tipo non azionario, mutuandolo, per estensione, dalla disciplina generale delle S.p.A.²⁷; invero, il testo di cui all'art. 377 c.c.i.i. prevedeva la replicazione, di tutti gli articoli del codice civile sopra riferiti, dell'enunciato: *"La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"*, norma che solleva dubbi di eccesso di delega legislativa, dal momento che, per un verso, il principio di competenza esclusiva per la gestione avrebbe dovuto essere conciliato con la permanenza di deroghe legali, in base alle quali è prevista una riserva di intervento dei soci in materia, dall'altro, l'art. 14, c. 1, lett. b) della Legge 19 ottobre 2017, n. 155 attribuisce il potere-dovere di istituire adeguati assetti organizzativi ai, non meglio individuati, "organi sociali", da cui potrebbe dedursi come non fosse nelle intenzioni del legislatore introdurre una riserva di competenza in favore degli amministratori delle società non azionarie²⁸. Il decreto correttivo, nell'ottica di giungere ad un approdo risolutivo dei conflitti sistemici, ha operato la scelta di un mutamento lessicale, attribuendo agli amministratori, non più la "gestione esclusiva", bensì "l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 c.c." In tal senso, si riterrebbe ripristinata la corretta articolazione del sistema, negando che il principio di esclusività della gestione sia regola immanente al sistema societario e valevole, generalmente, per tutti i modelli e le forme secondo le quali può essere costituita l'impresa²⁹.

²⁶ In tal senso si esprime E. CATERINI, *Il sistema giuridico del bilancio nella legalità costituzionale*, pag. 33 e ss, in *Quaderni della rivista di diritto dell'impresa*, ESI, 2021, a più riprese affronta il tema della rilevanza delle "norme tecniche", facendone assurgere l'osservanza in termini valoriali anche a tutela di valori costituzionalmente protetti. Più avanti l'A. analizza la portata del principio sui vizi di bilancio, attribuendo a questi rilievo sostanziale.

²⁷ L'art. 2380-bis, comma 1, c.c., rubricato Amministrazione della società, recita: *"La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori"*.

²⁸ Deroghe, peraltro, già presenti nella disciplina delle S.p.A., vd. per esempio, l'art. 2361, c. 2 c.c.

²⁹ In questo senso, A. MIRONE, *op ult. cit.*, p. 123 e ss.

Secondo tale ricostruzione, dunque, non si potrebbe desumere la regola di esclusività dal principio gerarchico dell'art. 2086 c.c., in quanto: (i) il riparto delle competenze tra soci ed amministratori non può essere disciplinato e presentarsi in maniera uniforme all'interno del sistema, vista la grande varietà tipologica e normativa che connota i diversi tipi di società; (ii) la questione del riparto di competenze tra soci ed amministratori, per ontologia stessa del modello, non si pone con riferimento all'impresa individuale; (iii) è assai eterogeneo anche il grado di "alterità" richiesto all'ufficio amministrativo, in ottica di valorizzazione dell'efficienza, pretesa dal legislatore; (iv) è da escludere che la deroga di cui all'art. 2364, c. 1, n. 5 c.c. possa trovare attuazione in materia di gestione corrente dell'impresa³⁰.

Per completezza espositiva, si riferiscono le diverse posizioni sull'argomento. Taluni avrebbero scorto nella riforma di cui al codice della crisi la conferma, ovvero l'intenzionalità in tal senso, della teoria delle cc.dd. "competenze assembleari implicite"³¹, in base alla quale andrebbe desunto, in riferimento alle S.p.A., in via interpretativa dal permasto art. 2364, c. 1, n. 5 c.c., un ambito decisionale di c.d. "interesse primordiale" dei soci³², che sarebbe sottratto, per sua stessa natura, alla competenza dell'organo amministrativo. Ciò si spiegherebbe in quanto, l'estensione a tutte le società, ad opera dell'art. 377 c.c.i.i., del principio di gestione esclusiva, si sarebbe dimostrato manchevole del necessario vigore e dell'autorevolezza, laddove, sul piano applicativo e sistemico, senza alcun "aggiustamento" per via interpretativa, fosse venuto a coesistere con quel consistente nucleo di norme che ammettevano ed ammettono l'intervento dei soci nelle determinazioni sulla gestione; per questa ragione, si è preferito considerare, quello in argomento, alla stregua di principio generale, attestato e valevole in maniera estensiva e trasversale a tutta la normativa societaria, così che, specularmente - a parere dei sostenitori di tale tesi - fosse possibile reputare alla stregua di principio allo stesso modo generale, quello di attribuire competenza esclusiva ai soci nelle materie "di interesse primordiale".

Le maggiori criticità riscontrate all'interno di detta ricostruzione sono individuabili, per un verso, nell'incertezza circa il riparto delle competenze e con riferimento alla stabilità delle determinazioni societarie - esigenze particolarmente percepite e valorizzate nell'ambito dell'ordinamento azionario³³ - per altro verso nella niente affatto agevole

³⁰ Con riguardo alle S.p.A., di fatti, l'art. 2364, n. 5 c.c. prevede un meccanismo soltanto residuale di intervento sotto forma di "autorizzazione" agli atti degli amministratori, da un lato, non lasciando margini all'attribuzione di competenze decisionali in via statutaria e confermando, quindi, il carattere generale del principio di esclusività della gestione; da altro lato, dato il generico riferimento a qualsiasi atto di gestione, consentirebbe di attuare il meccanismo autorizzativo per tutte le "operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", dunque, anche alle determinazioni di carattere organizzativo, strategico e di pianificazione. D'altronde, non sarebbe compatibile con il modello azionario un assetto gestorio interno, ove il concreto esercizio delle attività di amministrazione sia pervaso dall'intervento, anche solo formale, da parte dei soci.

³¹ La dottrina è, a tal riguardo, divisa in almeno tre tesi: da un lato, coloro che riconoscono una vera e propria competenza implicita dei soci nelle decisioni di interesse primordiale, così PORTALE, MAUGERI, PINTO, DE LUCA; da altro lato, coloro che individuano un mero dovere in capo agli amministratori di consultare l'assemblea dei soci per raccogliere eventuali raccomandazioni non vincolanti, così ABBADESSA, LIBERTINI, ANGELICI, MIRONE, SANFILIPPO; infine, la tesi che nega l'esistenza di formali obblighi di raccordo tra i due organi societari *de quibus*, così GUIZZI, LIBONATI.

³² Tale ambito si identificherebbe con le materie individuate, con riferimento alle S.r.l., all'art. 2479, c.2, n. 5 c.c.

³³ M. LIBERTINI - A. MIRONE- P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di S.p.A.*, Milano, Giuffrè, 2016, XXIX e ss. È significativo, secondo Angelici, *A proposito di "interessi primordiali" dei soci e "gestione esclusiva" degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 74 e ss., che le cause di recesso dei soci di S.p.A. siano correlate al

qualificazione, in concreto, di una decisione come “di interesse primordiale” o meno. Sarebbe, pertanto, preferibile ricostruire la *voluntas legis* come intento, da parte del legislatore, di compiere il rafforzamento e l’efficientamento delle regole di *governance* nelle S.p.A., nella consapevolezza delle particolarità tipologiche proprie dell’organizzazione azionaria, vista l’apertura di questa al mercato e le dimensioni tendenzialmente medio-grandi, da cui l’intuibile intento cautelativo e garantista di tenere ben distinti e separati gli ambiti di competenza dell’organo amministrativo e dell’assemblea secondo criteri quanto più possibili formalizzati e certi³⁴.

Le due posizioni più estreme riterrebbero implicitamente abrogate le disposizioni del diritto societario che prevedono una qualsiasi forma di coinvolgimento dei soci nelle scelte e negli atti di gestione; altri commentatori, invece, non attribuirebbero portata dirompente alla novellazione legislativa, riconoscendo ad essa il solo effetto di efficientamento del sistema e di responsabilizzazione degli amministratori, in quanto “capi dell’impresa”³⁵, con riferimento agli assetti societari e, secondo la prospettazione più moderata di tale tesi, sarebbe stato sancito un mero potere di filtro dell’organo amministrativo sulle eventuali determinazioni dei soci in materia di organizzazione societaria, nel caso in cui queste determinassero un pregiudizio in capo alla società o ai terzi creditori sociali³⁶. Un’interpretazione intermedia considera le norme sulla riserva di intervento dei soci in materia gestoria ancora in vigore, nonostante l’affermazione estensiva del principio dell’esclusività, ma la partecipazione dei soci sarebbe derubricata a mero parere o a raccomandazione non vincolante³⁷. Infine, altra opinione ritiene l’esigenza e l’opportunità di dover conciliare il principio dell’esclusività con la permanenza di deroghe legali, peraltro presenti già con riferimento alle S.p.A. e, a maggior ragione, data la flessibilità del modello, alle S.r.l. ed alle società personali, sicché i soci potrebbero continuare ad esercitare le competenze deliberative riconosciute loro in via statutaria, reputando, tuttavia, opportuni un controllo ed una sorta di limitazione o regolamentazione rigorosa di dette competenze, oltre che dei poteri di rimessione e di avocazione di cui all’art. 2479 c.c.³⁸.

Sul presupposto che tutte le tesi sopra esposte non forniscono in concreto una soluzione all’avvertito problema di coordinamento necessario tra il principio di esclusività e le attribuzioni statutarie ai soci a connotazione ed incidenza gestoria, la posizione prevalente in dottrina è, come detto, quella di riscontrare nella volontà del legislatore, l’intento di limitare la regola della competenza esclusiva alla sola materia degli assetti organizzativi, quale unica soluzione conforme alle indicazioni di cui alla legge delega del

presupposto di formali delibere modificative dello Statuto, mentre nelle S.r.l., il recesso è previsto anche e proprio per le decisioni di gestione ex art. 2437, c. 2, n. 5 c.c.

³⁴ In tal senso, A. MIRONE, *idem*.

³⁵ Cfr. art. 2086, comma 1 c.c.

³⁶ In questo senso, M. SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 269 e ss.; G.A. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva” dell’impresa da parte degli amministratori di S.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, in *Il Societario*, 16 luglio 2019, p. 7 e ss.

³⁷ Così, V. DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa del nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, p. 757 e ss.

³⁸ Così, L. CALVOSA, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 247 c.c.*, in *Soc.*, 2019, p. 799 e ss.; G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze decisionali nelle S.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, p. 1037 e ss.

2017³⁹. D'altronde, è vero che non esiste una apposita norma che cristallizzi la definizione del concetto di "gestione" dell'impresa ed è altrettanto vero che all'interno del codice civile il termine viene impiegato alternativamente e senza alcun distinguo, come sinonimo di "amministrazione"; pur tuttavia, le locuzioni "amministrazione", "organizzazione dell'impresa e "pianificazione", andrebbero considerate intimamente connesse dalla finalità di consentire lo svolgimento dell'attività produttiva per il conseguimento dell'oggetto sociale di cui allo statuto e, con riferimento a tale finalità non sarebbe corretto non individuare o non attribuire in capo ai soci un interesse proprio, qualsiasi sia il tipo societario di riferimento, e dunque la legittimazione ed il titolo per influire sulle determinazioni in materia di gestione e di organizzazione dell'impresa⁴⁰. Questa sarebbe la *ratio* sottesa alla scelta del legislatore del decreto correttivo di impiegare la più generica espressione "organi sociali", per indicare il soggetto incaricato dell'istituzione di assetti organizzativi adeguati, potendo difficilmente scorgere in tale, ben delineata, preferenza lessicale, l'intento di formulare una riserva di competenza a favore dell'organo amministrativo. Piuttosto, il legislatore avrebbe tenuto in debito conto l'ontologica differenza tra la rigida ripartizione delle competenze, propria delle S.p.A. e la minore segregazione di interessi e di funzioni, caratteristica dei modelli societari non azionari. In ogni caso, nonostante il collegamento appena rappresentato, non potrebbe negarsi l'esistenza di un distinguo tra determinazioni organizzative e determinazioni gestionali, ovvero dovrebbe ammettersi la presenza di una fase prodromica, preordinata all'organizzazione interna dell'impresa, e di una fase di esercizio concreto dell'attività di gestione generale⁴¹. Coerentemente con il riferito assunto, voci in dottrina, ritengono che il legislatore non avrebbe voluto assegnare inderogabilmente all'organo amministrativo la materia degli assetti organizzativi, bensì soltanto la fase della predisposizione dei medesimi, che lambisce, a ben vedere, il concetto di "cura", di cui all'art. 2381, c.5, c.c., non potendo mai essere riservato agli amministratori un ruolo ed una discrezionalità meramente esecutivi o comunque subordinati⁴². Per questo, sarebbe preferibile e maggiormente in linea con il sistema di riferimento, ritenere che le norme societarie in materia di assetti possano valere tipicamente solo con riferimento a modelli societari nei quali è altrettanto tipizzata l'alterità tra responsabili degli assetti, quindi dell'organizzazione, e titolari dell'iniziativa imprenditoriale e soggetti destinatari dei risultati della gestione e, comunque, l'implementazione di modelli o sub-modelli societari, che tendono, di fatto, ad assimilare o, quanto meno, a ridurre le distanze tra S.r.l. e S.p.A. (il riferimento è alla costituzione di S.r.l. aperte, nonché alla registrabile tendenza a favorire l'evoluzione delle imprese individuali in S.r.l., di cui sarebbe indice il modello di S.r.l. semplificata) non potrebbe essere addotta

³⁹ *Ex multis*, P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, Giur. Comm., 2020, I, p. 829 e ss.

⁴⁰ Circa l'esistenza di un naturale interesse dei soci per le questioni organizzative, comprese le valutazioni in materia di assetti, nelle società chiuse, *vd.* CETRA, *L'amministrazione delegata, in Società, banche e crisi d'impresa, Liber Amicorum*, P. Abbadessa, Torino, Giappichelli, 2014, p. 1679 e ss.

⁴¹ In tal senso, A. MIRONE (nt. 37), *idem*.

⁴² *Ex multis*, A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Quaderno 18, Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Collana Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, pp. 134 - 135 e nt. 64, p. 135.

come ragione portante, idonea a giustificare e legittimare l'estensione della regola dell'esclusività della competenza anche alle società non azionarie⁴³.

Muovendo da queste riflessioni circa l'attribuzione della competenza ad assumere le determinazioni in materia di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, occorre esaminare le modalità per pervenire alle decisioni di specie, nonché la forma secondo cui debbano essere adottate. La scelta lessicale "istituzione" degli assetti, termine che non viene impiegato all'art. 2381 c.c., dove i compiti ripartiti tra organi delegati ed organo gestorio collegiale sono ricondotti ai due adempimenti, rispettivamente della "cura" e della "valutazione", induce a ritenere necessaria la formalizzazione degli strumenti organizzativi e gestori dell'impresa (quali organigrammi, mansionari, procedure aziendali, modelli, flussi informativi *etc.*), a garanzia della effettività e della attualità dei medesimi, quindi della reale conoscenza e conoscibilità dei medesimi, da parte dell'intera compagine societaria e dei terzi, oltre che a garanzia dell'osservanza delle prescrizioni. A tale obiettivo è possibile addivenire solo tramite l'impiego di un metodo collegiale per la discussione e la deliberazione, valida garanzia di avvenuto contraddittorio, di maggiore ponderazione delle determinazioni, oltre che della condivisione maggioritaria delle medesime, assunte ad esito di una effettiva discussione in seno al collegio deliberante. Ulteriormente, sul piano normativo, la collegialità necessaria trova conferma nell'art. 2381, dettato per le S.p.A., ma reputato applicabile in via estensiva anche alle S.r.l., ove è realizzata la precisa ripartizione, anche in termini di attribuzione delle competenze, tra amministrazione (*alias* operatività della società), delegabile, e gestione (*alias* organizzazione della società), in quanto tale da imputare a tutti gli amministratori; pertanto, le scelte riferibili a quest'ultima dovrebbero essere adottate collegialmente o congiuntamente, anche nella prospettiva delle ricadute in termini di imputabilità e di responsabilità per esse e quindi alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo, in tutti i tipi di società. Anche con riferimento all'istituto della delega, di cui al citato articolo, da parte dell'organo amministrativo, dei poteri in materia gestoria ad alcuni o ad un amministratore, può considerarsi rispettato il principio della collegialità delle determinazioni, articolato nella "cura" della predisposizione di adeguati assetti, da parte del soggetto o dell'organo delegato, e nella successiva "valutazione" di questi, indefettibilmente da parte dell'organo collegiale. Mediante tale meccanismo, la determinazione finale sulla "gestione/organizzazione" sarebbe ricondotta alla *vis* della ponderazione congiunta, a riprova ed a ricostruzione di quella che andrebbe ritenuta l'effettiva volontà legislativa⁴⁴. Peraltro, ad ulteriore dimostrazione del richiesto rispetto del metodo collegiale in materia di gestione dell'impresa, la norma *de qua* impedisce la delega integrale, consentendo soltanto la delega di cura di singole fasi di una decisione, dovendo, quest'ultima, permanere collegiale⁴⁵. Si fa notare, tuttavia, che nonostante l'entrata in vigore del Codice della crisi e del Decreto correttivo, nell'ambito della disciplina delle S.r.l., proprio in virtù del riferito e connaturato connotato di una competenza legale concorrente tra soci ed amministratori, permangono in vigore, nella storica formulazione, le disposizioni di cui all'art. 2479, c. 1 c.c., ove è consentito, mediante l'atto costitutivo, riservare ai soci competenze ulteriori rispetto a quelle già attribuite loro *ex lege*, anche inerenti

⁴³ In questo senso, O. CAGNASSO, *Il quotista di S.r.l. aperta*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, p. 1482 e ss.; M. CIAN, *S.r.l., PMI, S.p.A.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 822 e ss.

⁴⁴ In tal senso, Aa. Vv., *Amministrazione e gestione nelle società*, *Rivista del Notariato*, 1° aprile 2021, 2, p. 429.

⁴⁵ *Rif. art. 2381 c.c.*, con riguardo all'elaborazione ed all'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società.

all'amministrazione; all'art. 2468, c. 3 c.c., ove è consentito attribuire ai soci particolari diritti, tra i quali potrebbero rientrare anche aspetti relativi all'amministrazione dell'impresa, in quanto detti diritti non sono stati meglio individuati. Il sistema manterrebbe l'equilibrio e resterebbe razionale, proprio e solo se il termine "amministrazione" venga inteso, come anzidetto, quale "operatività" dell'impresa, ricomprensiva, quindi, le attività e le determinazioni che non debbano essere affidate anche alla "cura" in via esclusiva dell'organo collegiale di gestione.

3. Esclusività della gestione e ripartizione di competenze. L'istituzione "delegata" degli assetti

Un'altra questione in cui si riflette il principio di esclusività *ex art. 2380-bis, co. 1, cod. civ.*, sancito in favore di tutti gli amministratori, attiene alla stessa modalità con cui il potere gestorio può essere esercitato in vista della creazione e attuazione di assetti organizzativi adeguati. Al riguardo, non si tratta solo di interrogarsi sull'eventuale antinomia tra principio di esclusività e delegabilità del potere, ma anche di cogliere l'influenza – *rectius* il peso specifico – che l'elemento teleologico (*id est*: l'adeguatezza degli assetti) può avere sulla concreta scelta di decentrare o meno il potere gestorio.

Come si è visto, nella società per azioni, oltre alle competenze assembleari sancite espressamente dalla legge, gli azionisti possono esprimersi in merito ad operazioni di gestione nei limiti di quanto previsto dall'art. 2364, co.1, n. 5 cod. civ., ossia qualora lo statuto lo preveda e mediante una deliberazione di natura meramente autorizzatoria, che non esclude la responsabilità degli amministratori per gli atti da essi compiuti; la compatibilità di siffatte deliberazioni autorizzative troverebbe un ulteriore fondamento nella loro tendenziale vicinanza all'area delle decisioni di cd. interesse primordiale, rientranti nella competenza implicita dell'assemblea⁴⁶. Cionondimeno, la materia degli assetti si presta meglio all'utilizzo di meccanismi atipici di raccordo con un intervento consultivo ed *ex post* dell'assemblea, come le raccomandazioni non vincolanti, che potrebbero essere provocate da clausole statutarie introduttive – analogamente a quanto previsto per le regole di governo societario dall'art. 123-bis T.U.F. – di un'apposita relazione sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società ad opera degli amministratori. A tali raccomandazioni, pur formalmente non vincolanti, si applicherebbe il criterio (di ragionevolezza e trasparenza) per cui l'organo amministrativo dovrebbe potersi discostare solamente con deliberazione motivata, da perimetrare sul criterio normativo di adeguatezza degli assetti⁴⁷. In conclusione, coerentemente con la regola

⁴⁶ A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, fasc.2/2022, pag. 183. Tribunale Roma Sez. spec. Impresa, 01/04/2019: "costituisce un principio generale del diritto societario, valido a prescindere dal tipo di società prescelto, quello secondo cui le c.d. 'operazioni di interesse primordiale' esorbitano dai poteri di gestione degli amministratori e rientrano nella competenza implicita dell'assemblea. Tale principio generale si trae, oltre che dall'art. 2361 c.c. in materia di acquisto di partecipazioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale, anche dall'art. 2204 c.c., in materia di poteri dell'istitutore, il quale implica che all'istitutore, come agli amministratori, non compete di decidere di non esercitare l'impresa o di esercitare un'altra impresa rispetto a quella che l'imprenditore gli ha affidato in gestione, ovvero di svolgere la medesima attività d'impresa con una diversa azienda".

⁴⁷ V. A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., il quale precisa: «se l'assemblea deliberasse di invitare gli amministratori a dotarsi di un sistema di controllo interno, l'eventuale inerzia non motivata (a prescindere dalla stretta necessità di tale adozione onde raggiungere un livello di sufficiente adeguatezza degli assetti) ben potrebbe costituire giusta causa di revoca dell'organo gestionale». L'Autore esclude, invece, la possibilità per i soci di impugnare, ai sensi dell'art. 2388 c.c., la delibera degli amministratori che non tenga conto della

dell'esclusività della competenza, ai fini della presente trattazione non sembra di dover rinvenire nell'inosservanza del ruolo autorizzatorio dell'assemblea un possibile vizio della delibera, per quanto ciò sia previsto statutariamente, poiché vi sarebbe, altrimenti, un potere di veto esercitabile in capo all'organo assembleare, ma esclusivamente un profilo di responsabilità o il venire meno del rapporto fiduciario.

Occorre a questo punto scrutinare l'altro tema, ovverosia l'eventuale impatto innovativo dell'art. 2380-bis, co.1, cod. civ. sul rapporto tra amministratori esecutivi e non esecutivi, in caso di delega di potere, ex art. 2381 cod. civ. Il ricorso allo strumento della delega è una scelta organizzativa che il consiglio di amministrazione può adottare entro una serie di limiti fissati dal legislatore, quali la previa autorizzazione dello statuto o dell'assemblea (art. 2381, co.2. cod. civ.) e la non ingerenza in materie riservate al collegio (art. 2381, co. 4, cod. civ.). La lettura congiunta delle norme dettate in materia di amministrazione fa propendere per una soluzione positiva sulla spendibilità della delega in tema di adeguati assetti⁴⁸, salvo, da un lato, effettuare un distinguo tra delega estesa all'intera gestione e delega parziale, nonché, dall'altro, interrogarsi sulla trasmutazione del criterio dell'adeguatezza a giusta causa di revoca.

In caso di delega gestionale piena (o almeno estesa a tutti gli atti di amministrazione ordinaria), l'onere di dotare la società di un assetto congruo grava sugli amministratori esecutivi, chiamati a riferire periodicamente sul generale andamento della gestione al Consiglio di amministrazione nel suo plenum e al Collegio sindacale. In effetti, quando la delega è piena si determina una situazione di stretto e quasi esclusivo contatto tra l'amministratore delegato e la struttura aziendale, tale da rendere verosimilmente necessaria, per lo stesso buon esercizio della delega, la dotazione di poteri decisionali sugli assetti.

In caso di delega parziale, invece, si discute se il dovere di cura degli assetti spetti all'amministratore delegato o debba ritenersi implicitamente trattenuto al Consiglio. Il problema naturalmente si pone solo se la delega parziale non contenga alcuna previsione in materia di assetti, atteso che è certamente possibile una delega integrale della fase di "cura" anche in caso di delega speciale. L'orientamento preferibile è quello che riconosce comunque all'amministratore delegato, indipendentemente da quanto previsto espressamente nella delega, un dovere di cura degli assetti, limitatamente a quegli ambiti che possono essere direttamente o indirettamente ricompresi nella delega gestionale attribuitagli⁴⁹. Ad es., se la delega riguarda solamente l'attività imprenditoriale su mercati esteri, essa includerà implicitamente gli assetti organizzativi delle unità aziendali destinate a tale attività, ma non gli assetti generali della società. Questa soluzione permette

raccomandazione assembleare. Tale ultima conclusione appare condivisibile; sul tema più in generale dell'invalidità e della conseguente impugnabilità delle delibere consiliari in materia di assetti che siano contrarie al principio di adeguatezza vedi *infra*.

⁴⁸ Il principio di competenza esclusiva non si limita al tema degli adeguati assetti, ma riguarda la gestione in generale, a sua volta interamente delegabile con la sola eccezione dell'elenco di cui all'art. 2381, co.4, cod. civ., che individua una serie di "attribuzioni non delegabili" nella quale non rientra la predisposizione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Inoltre, la locuzione "istituzione" (ex art. 2380-bis cit.), intesa come "predisposizione", è sostanzialmente assimilabile alla funzione di "cura" propria dell'organo delegato.

⁴⁹ Per una più ampia disamina dei vari orientamenti, cfr. AA.VV., *Diritto del Governo delle Imprese*, diretto da M. IRRERA, II ed., 2020, pag. 221 ss.

di risolvere coerentemente anche l'ipotesi di delega frazionata a più amministratori, che dovranno ritenersi comunque responsabili per la cura dei rispettivi assetti, ferma l'esigenza di un coordinamento - sia (ove occorra) interpersonale tra gli organi delegati, sia (necessariamente) in sede collegiale - onde assicurare complessiva coerenza all'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Anche alla luce di quanto detto sin qui, è evidente che la regola dell'adeguatezza, in sé prevista per il funzionamento degli assetti, debba valere *in primis* per l'articolazione di competenze decisionali all'interno dell'organo amministrativo⁵⁰. Al riguardo la S.C. considera giusta causa di revoca della delega la necessità di una profonda ristrutturazione dell'organico societario e delle relative funzioni specialistiche (conseguente, ad esempio, a sviluppi nel campo della tecnologia e della normativa di sicurezza), tale da incidere negativamente sulla persistenza dell'affidamento riposto - dal C.d.a. - sulle capacità e attitudini del delegato, dunque senza che ciò debba necessariamente discendere da inadempimenti ai doveri a lui ascrivibili⁵¹; non integra giusta causa, invece, la mera ricorrenza di esigenze di auto-organizzazione della struttura societaria. Leggendo l'arresto giurisprudenziale nella prospettiva degli assetti, si è osservato che la sostituzione del delegato, date le nuove esigenze della società, sia «giustificata dall'adeguamento dell'assetto alle nuove esigenze e quindi non solo legittima e non fonte di responsabilità, ma anche in qualche misura doverosa»⁵². «L'intervento dell'organo amministrativo che revochi le deleghe a chi, a causa di mutate situazioni, non appaia più idoneo a perseguire efficacemente i compiti che gli erano stati assegnati, induce a chiedersi se in situazioni del genere la revoca si trasformi da semplice facoltà a vero e proprio obbligo; in altri termini se sia ravvisabile un preciso dovere del consiglio di valutare la perdurante adeguatezza della ripartizione dei compiti al fine di intervenire tempestivamente»⁵³. In conclusione, il consiglio, nel vigilare sull'adeguatezza nel tempo dell'organizzazione della delega, può - per sopravvenuta inadeguatezza - revocare la delega stessa, riportando ogni decisione al collegio, oppure modificarne il contenuto o le modalità di esercizio o anche sostituire i delegati.

Assunta dunque la delegabilità, anche parziale, dell'istituzione e della cura degli assetti, avendo escluso che ciò rientri tra le attribuzioni non delegabili, dovendosi anzi, considerarsi "implicita" la possibilità per gli organi delegati di intervenire organizzativamente sulle aree di competenza, occorre esaminare l'ipotesi in cui, una volta istituiti gli assetti ad opera dell'amministratore delegato, quest'ultimo non sottoponga al

⁵⁰ I. POLLASTRO E O. CAGNASSO, *La libertà d'Impresa*, Scritti per il XII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma, 17-18 settembre 2021.

⁵¹ Ordinanza della Corte di Cassazione 25 febbraio 2020, n. 4954. La revoca delle deleghe attribuite ad un membro del consiglio di amministrazione, in linea di principio sempre possibile, obbliga la società a risarcire il revocato dei danni che gliene siano derivati qualora non sia assistita da giusta causa, al pari di quanto prevede il terzo comma dell'art. 2383 c.c. nel disciplinare la revoca di un amministratore. La comunanza della *ratio* riscontrabile nei due casi giustifica l'applicazione analogica di quest'ultima disposizione (Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7587; App. Brescia, 12 luglio 2017; Trib. Milano, 16 gennaio 2017; Trib. Milano, 22 luglio 2016; Trib. Milano, 12 maggio 2010; Trib. Milano, 14 febbraio 2004). Tale orientamento può ritenersi prevalente su quello che esclude ogni pretesa risarcitoria in assenza di giusta causa (Trib. Roma, 22 gennaio 2014; Trib. Milano, 16 ottobre 2006; Trib. Napoli, 9 gennaio 2002).

⁵² I. POLLASTRO E O. CAGNASSO, *La libertà d'Impresa*, cit.

⁵³ A. BERTOLOTTI, *Revoca di delega ex art. 2381, 2 comma, e giusta causa, con qualche interrogativo*, *Giur. It.*, 10/2020, pag. 2167.

consiglio i medesimi per la relativa valutazione. Scrutate nei precedenti paragrafi le ragioni di un'osservanza, non solo formale, di tutti gli elementi della fattispecie istitutiva, compresa la fase valutativa in sede collegiale, occorre comprendere quale sia la conseguenza di tale omissione, ovvero se il comportamento dell'amministratore delegato che istituisce un assetto organizzativo ma non lo sottopone al consiglio d'amministrazione sia soltanto passibile di un'azione di responsabilità o di revoca nei suoi riguardi, ovvero comporti anche delle conseguenze sulla giuridica esistenza o validità della decisione stessa, cioè dell'istituzione degli assetti.

In primo luogo, occorre dire come l'istituzione non possa dirsi inesistente; in disparte l'impiego di tale categoria, a difettare sarebbe solo un elemento della fattispecie ma non la stessa consistenza della decisione. Per altro verso neppure può degradarsi la mancata valutazione a semplice causa di responsabilità, poiché questo si porrebbe invece in termini persino antiletterali rispetto alla norma, laddove quest'ultima prevede tra gli elementi della fattispecie quello valutativo, a prescindere dall'esistenza o meno di una delega. La norma non può infatti risentire di una diversa applicazione a seconda dell'esistenza o meno di una delega, ancorché la presenza di quest'ultima renda evidente il problema. Pertanto, il mancato adempimento dell'obbligo valutativo, non costituisce semplicemente un inadempimento dei doveri dell'amministratore delegato, ma rende anche la delibera invalida per la sua mancata conformità alla fattispecie legale di riferimento, ciò in disparte il fatto che ad esito del momento valutativo, la medesima possa comunque presentare profili di vizio.

All'assenza di un atto riferibile all'organo amministrativo o a quello delegato, invece, cioè all'inesistenza dell'istituzione degli assetti, non potendosi impugnare una delibera inesistente, non vi è di contro altro rimedio che l'azione ex art. 2406 del Collegio Sindacale, che dovrebbe convocare l'assemblea per ottenere la sostituzione degli amministratori, i quali hanno omesso di assumere una delibera obbligatoria. D'altra parte, la denuncia in Tribunale ex art. 2409, che la giurisprudenza ritiene esperibile, è rimedio successivo all'eventuale inerzia anche da parte del collegio sindacale, che può invece attivarla se i soci sono rimasti inerti. Ciò peraltro rimarca l'esigenza dell'obbligatorietà della delibera istitutiva.

4. Impugnabilità delle decisioni dell'organo amministrativo e legittimazione.

Ai sensi dell'art. 2388 c.c. le deliberazioni dell'organo amministrativo non conformi alla legge o allo statuto possono essere impuginate dagli amministratori assenti o dissenzienti, nonché dal collegio sindacale, ovvero dai soci quando siano lesive dei loro diritti⁵⁴. La disposizione, pur contemplando apparentemente i soli vizi di annullabilità, non esclude la rilevanza delle ipotesi di nullità, dovendosi anzi ritenere preferibile per ragioni logiche e sistematiche la tesi che non limita ai soli vizi di annullamento la possibilità di impugnare le delibere consiliari⁵⁵. Il mancato riferimento anche a tale ulteriore categoria

⁵⁴ Per un excursus storico sull'esperibilità del rimedio caducatorio nei confronti delle delibere consiliari viziate vedi M. IRRERA, *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, *Giur. Comm.* 5/2004, pag. 1132 ss ed anche S. CORSO, *Ricostruzione del Consiglio di amministrazione e validità dei deliberati consiliari*, *Giur. Comm.* 2/2008, pag. 430.

⁵⁵ Sulla questione la dottrina è divisa. Alcuni autori ritengono che il legislatore, con il rinvio all'art. 2377 c.c., abbia voluto limitare la rilevanza delle irregolarità delle deliberazioni ai casi di annullabilità delle stesse, anche al fine di assicurarne una maggiore stabilità (cfr. TOFFOLETTO, *Amministrazioni e controlli*, in *Diritto delle società*

può dipendere sia dalla sua portata generale, sicché non occorre specificarne l'attitudine a legittimare un'impugnazione, sia dal fatto che, per quanto riguarda i soci, la previsione non si riferisce alla natura del vizio, ma unicamente al suo effetto, ovverosia la capacità di lederne direttamente la posizione giuridica, che può indifferentemente derivare da una causa di annullamento o di nullità⁵⁶. Come detto, mentre la delibera inesistente sul piano giuridico non produce effetti nell'ordinamento, sicché non necessita di essere impugnata ai sensi dell'art. 2388 c.c.⁵⁷, nell'ipotesi di delibera formale, esteriore, benché solo di apparente provenienza dal consiglio d'amministrazione della società, nella sua forma collegiale, all'esito di regolare convocazione, non si può parlare di delibera inesistente, bensì di

di capitali, Milano, 2003, 135; in giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, Sez. VIII Sent., 19 febbraio 2009), mentre altra parte della dottrina sostiene, anche in assenza di un espresso richiamo all'art. 2379 c.c. da parte dell'art. 2388 c.c., le delibere del consiglio di amministrazione possono essere impugnate per nullità; non sarebbe logico, infatti, sanzionare il vizio meno grave e non anche quello più grave (cfr. Ambrosini (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 66; conf. NAZZICONE, 94), M. IRRERA, *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.* 5/2004, pag. 1132. Come osservato in dottrina, v. G. VISENTINI, *L'amministrazione delle società per azioni*, Collana professionale del diritto commerciale, dir. G. Visentini, rist. gennaio 2022, pag. 65 e 66: "queste parole valgono, secondo tradizione, a distinguere dall'annullabilità (di cui appunto all'art. 2377 c.c.) le ipotesi di nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto ex art. 2379 c.c.. Di conseguenza, la nullità della delibera del C.d.a. non è inclusa nella dizione «le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto»".

⁵⁶ Anche la giurisprudenza maggioritaria considera applicabili alle delibere del C.d.a. le categorie della nullità e dell'annullabilità, non previste dalla norma in materia di delibere consiliari. Cfr. sul punto: Cass. civ., sent. 28 aprile 2021 n. 11224, ove si afferma che "la nullità può essere dichiarata d'ufficio dal giudice, così come per l'impugnazione delle medesime, entro tre anni dalla iscrizione o deposito della delibera nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze"; Trib. Milano, 17.4.2014, che pur ritenendo sempre applicabile il termine decadenziale di novanta giorni ex art. 2388 c.c., opera un distinguo concettuale tra nullità e annullabilità ("il legislatore - formulando al comma 4 un testo che contempla tutti i casi di delibera consiliare non conforme alla legge o allo statuto, comprendendovi, quindi, anche quelli di delibere con oggetto impossibile o illecito, ha inteso, se non esaurire nell'ambito della categoria dell'annullabilità tutte le fattispecie di invalidità dell'atto consiliare, mantenendo in termini astratti la categoria della nullità, certamente introdurre un chiaro e netto limite temporale entro cui i soggetti possono farle valere"); Trib. Milano 21 giugno 2010, n. 2025, in cui emerge un distinguo almeno concettuale tra nullità e annullabilità, con un confronto tra gli artt. 2388 e 2379 c.c. ("l'art. 2388, co. 4, c.c. si presenta, sul piano oggettivo, come generale e privo di limitazioni venendo a comprendere qualunque irregolarità relativa sia al procedimento di approvazione della delibera sia al suo contenuto. La delibera illecita, che è suscettibile, in generale, di esecuzione e che può essere impugnata per vizio di nullità, è sottoposta a termini di decadenza ed il vizio in sé a sanatorie; se si paragona la disciplina di cui all'art. 2388 comma 4 c.c. con quella di cui all'art. 2379 c.c. ci si avvede facilmente che la disciplina dei limiti di impugnazione e dei termini di decadenza previsti per le delibere di c.d.a. è rigorosa almeno tanto quanto quella prevista per le delibere assembleari"). Occorre dare atto che altra parte sostiene come, la categoria della nullità non è concettualmente applicabile, post riforma del 2003, alle delibere consiliari invalide (cfr., ad es., Trib. Milano, 12 marzo 2009, n. 3396, per il quale "a seguito della riforma del diritto societario, l'art. 2388 c.c. esaurisce nella categoria dell'annullabilità tutte le fattispecie d'invalidità della delibera consiliare").

⁵⁷ Sulla questione dell'inesistenza delle delibere tra gli altri il Tribunale di Milano, con sentenza del 1° aprile 2008, riassume i termini della questione: «è noto che nella relazione accompagnatrice al D. Lgs. n. 6/2003 il legislatore esplicita di avere bandito ogni ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza di deliberazioni assembleari, sussistendo una piena riserva di legge con riguardo ai casi d'invalidità delle deliberazioni assembleari. Ma è anche vero che le ipotesi di nullità considerate dall'art. 2379 c.c. si riferiscono ai casi in cui ci si trovi in presenza di un atto formale, comunque, imputabile alla società (mancata convocazione dell'assemblea, mancanza di verbale, impossibilità o illiceità dell'oggetto). Il tutto presuppone, dunque, che si sia tenuta un'assemblea della società che, sebbene non convocata, sia qualificabile come tale. Il caso di specie, invece, rappresenta un'ipotesi estrema - per quanto accaduta - di inesistenza materiale della delibera che risulta addirittura estranea alla categoria di cui agli artt. 2377 ss. c.c., non sussistendo un atto imputabile in via astratta alla società. Il fatto che detta delibera sia stata iscritta nel pubblico registro delle imprese a cura del notaio rogante, in teoria, non potrebbe avere alcun rilievo ai fini di cui è causa».

delibera esistente invalida⁵⁸. Quanto al perimetro, ne è discussa⁵⁹ l'applicazione alle SRL. In giurisprudenza sembra prevalere la tesi dell'analogia legis⁶⁰ "sebbene la norma di cui all'art. 2475 ter c.c. preveda solo l'impugnazione, ad opera degli amministratori, delle decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interesse con la società"⁶¹, occorre evidenziare che nelle s.r.l. l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni del consiglio di amministrazione, ivi comprese quelle relative all'istituzione ed alla valutazione di adeguati assetti, siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2475 c.c.), comportando un problema di applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 2388 c.c.. Sulla questione, giurisprudenza condivisibile la sostiene anche rispetto "alle decisioni assunte in forma scritta" dall'organo di gestione di s.r.l. (senza declinare il subprocedimento utilizzato in una delle due forme di adozione della decisione collegiale di cui sopra), dichiarando invalida la decisione dell'organo di gestione pluripersonale di s.r.l. assunta senza trasmettere la relativa proposta a tutti gli amministratori, a nulla rilevando che, prima del decorso del termine fissato per la sua adozione, la maggioranza di essi avesse espresso un voto favorevole⁶².

Tanto premesso, può passarsi ad affrontare il tema della legittimazione del socio di S.p.a. ed S.r.l.⁶³, stante che per i singoli amministratori assenti o dissenzienti, nonché per il collegio sindacale, inteso nella sua collegialità (con esclusione quindi di ciascun componente dello stesso), questa risulta letterale⁶⁴. Invero, una posizione peculiare ai fini

⁵⁸ Così M. CENTONZE, *Le delibere consiliari viziata tra parvenza di delibera, nullità ed impugnazione sleali – il commento*, in *Società*, 2009, 10, 1269; Id, *Inesistenza delle delibere assembleari e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2008, 1132.

⁵⁹ Secondo una parte della dottrina, l'assenza di una precipua regolamentazione in tema di impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione di s.r.l., nell'ambito della disciplina specifica dettata per questa tipologia di società, rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa e pertanto non può ritenersi applicabile in via analogica la previsione di cui all'art. 2388 c.c. in relazione a dette delibere per colmare il vuoto legislativo (cfr. PERRINO, *Il conflitto d'interessi degli amministratori nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 3, 577; MACCARONE, *Gli strumenti del socio per il controllo della governance nella società a responsabilità limitata*, in *Corriere Giur.*, 2010, 781). Altri Autori ritengono che l'art. 2388 c.c. detti una disciplina generale di sindacabilità delle delibere consiliari per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, come tale applicabile per analogia anche alla s.r.l. (cfr. AMBROSINI, sub art. 2475-ter, in *Società di capitali a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres*, Jovene, Napoli, 2004, 1584; ABRIANI, sub artt. 2475-bis e 2475-ter, in *Codice commentato delle s.r.l. diretto da Benazzo e Patriarca*, Milano, 2006, 358; CAGNASSO, in *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Cottino*, Padova, 2007, 246). Appartengono a questo secondo orientamento anche gli autori che sostengono il ricorso alle norme in tema di S.p.A. per colmare le lacune dettate dalla disciplina delle S.r.l. nell'ipotesi in cui l'autonomia privata abbia accentuato, nell'utilizzo di questo tipo di società, i profili capitalistici nella concreta regolamentazione dei rapporti sociali (cfr. SALVATORE, sub art. 2475-ter, in Santini, Salvatore, Benatti, Paolucci, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario del Codice civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano a cura di De Nova*, Bologna, 2014, 470).

⁶⁰ *Ex multis* Trib. Milano, del 1° marzo 2012 e del 27 marzo 2013 in *Giur. It.*, 2013, 1121 e 2561. Contra cfr. Trib. Lodi, 13 marzo 2009, in *Corr. di Merito*, 2009, 745, e Trib. Bologna, 20 ottobre 2006, in *Corr. di Merito*, 2007, 5, 35.

⁶¹ Trib. Milano 5 marzo 2015, Trib. Napoli 31 maggio 2021, Trib. Catanzaro 3 maggio 2022.

⁶² Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Decr., 05/07/2017, in *Società*, 2018, 6, 726 nota di COLOMBO.

⁶³ Sulla possibilità del socio di S.r.l. di impugnare la delibera del consiglio di amministrazione lesiva di un proprio diritto, cfr. IBBA e MARASÀ (a cura di), *La società a responsabilità limitata*, Milano, 2020, 1764).

⁶⁴ Prima della riforma, in giurisprudenza, accanto ad un orientamento restrittivo, propenso ad individuare nei soli componenti del Cda i soggetti legittimati a promuovere le azioni di annullamento e nullità (cfr: Trib. Roma, 18 marzo 1982; Trib. Milano, 2 febbraio 1987), si era successivamente consolidata la tesi più permissiva, che estendeva ai singoli soci o ai terzi la legittimazione a impugnare le delibere consiliari nulle, inesistenti ovvero quelle direttamente lesive di diritti soggettivi dei soci o di terzi. Cfr. sul punto: Trib. Milano, 15 ottobre 1987; Cass. 21 maggio 1988, n. 3544; Cass., 24 maggio 1990, n. 420; App. Milano 6 novembre 1992, Trib. Salerno (ord.), 11 gennaio 1994; Cass., 28 marzo 1996, n. 2850; Cass. 26 nov. 1998, n. 12012 ("il socio può impugnare solo le

dell'impugnazione della delibera è ricoperta dal socio amministratore, il quale, stante il cumulo delle due qualifiche endosocietarie ricoperte, è legittimato ad impugnare la delibera in qualità di socio solo qualora come amministratore si sia astenuto o abbia espresso il proprio dissenso durante l'adunanza consiliare, ovvero non abbia partecipato alla stessa⁶⁵, evitando, così, di venire *contra factum proprium*⁶⁶. Anzitutto, sotto un profilo strettamente processuale, l'impugnazione della delibera del consiglio di amministrazione da parte di un socio non comporta l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri, atteso che il provvedimento con cui è decisa ha efficacia *erga omnes*⁶⁷. In forza del rinvio all'art. 2377 c.c. operato dall'art. 2388 c.c. occorre tuttavia domandarsi se l'impugnazione debba essere proposta dal socio o dai soci quando posseggono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ovvero il cinque per cento nelle altre (fermo restando che lo statuto può ridurre o escludere tale requisito). Se così fosse, il socio o i soci privi di diritto di voto o che non rappresentano la predetta parte di capitale non sarebbero legittimati ad impugnare la delibera del consiglio di amministrazione in ipotesi lesiva dei propri diritti. Un'interpretazione sistematica degli artt. 2377 e 2388 c.c. consente di escludere l'applicazione di dette soglie-limite nel caso di specie, in quanto viene meno la *ratio* sottesa all'introduzione delle stesse nella disciplina relativa all'impugnazione di delibere assembleari (la prevalenza dell'interesse generale dell'ente, deciso su base maggioritaria, su quello particolare del singolo socio), oltre ad essere irragionevole limitare l'accesso a questo tipo di tutela al socio leso nei propri diritti da una delibera consiliare alla cui formazione non ha potuto concorrere.

Quanto al profilo dell'interesse ad agire, condivisibile giurisprudenza ritiene che il socio possa impugnare quando "quell'atto si rifletta negativamente, ma in modo immediato e diretto, su sue posizioni giuridiche individuali, protette dall'ordinamento alla stregua, non solo di un vero e proprio diritto soggettivo, bensì di qualsiasi interesse comunque meritevole di tutela, sia esso attinente alla sfera dei diritti amministrativi che di quelli

deliberazioni del C.d.a. che siano affette da nullità o siano idonee di per sé a ledere direttamente il diritto del socio, mentre la violazione di una regola, interna alla collegialità nell'amministrazione pluripersonale, può essere fatta valere solo dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci istituzionalmente investiti del compito di controllare la legittimità dell'operato sociale"); Cass. 15 febbraio 2002, n. 2229; Trib. Torino 23 marzo 2004 ("la dichiarazione giudiziale di nullità di una deliberazione del consiglio di amministrazione di una società per azioni abbia effetto verso tutti i soci").

⁶⁵ Il decorso del termine di 90 giorni per l'impugnazione della delibera lesiva di un diritto del socio, sancito per esigenze di salvaguardia di certezza e stabilità dell'attività dell'organo decisionale cui compete l'operatività concreta della società, è diverso a seconda dell'estraneità o meno di questi all'organo gestorio. Nell'ipotesi in cui il socio rivesta anche la carica di amministratore, il termine *de quo* decorre dalla data di adozione della delibera (art. 2388, co. 4, c.c.), mentre nel caso in cui il socio non rivesta cariche gestorie il termine decadenziale decorre a partire dalla data di conoscenza della delibera lesiva del proprio diritto, a nulla rilevando la trascrizione della medesima nel libro delle adunanze del consiglio di amministrazione (cfr. R. AMBROSINI, *Impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione di S.p.A. da parte dei soci: condizioni e limiti - il commento*, in *Società*, 2015, 2, 177; PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, 2008, 164; M. FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo II, dell'amministrazione e del controllo, sub art. 2388, Bologna, 2008, 320).

⁶⁶ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Il Nuovo diritto delle società*, Vol. 2, Milano, 2006, 563; ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; FESTI, *Il Divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007. In dottrina appare invece incerta la possibilità di collocare tra i soggetti legittimati all'impugnazione anche gli amministratori astenuti. La giurisprudenza oscilla tra una posizione favorevole a siffatta legittimazione attiva (v. Trib. Torino 26 febbraio 2021) e una di segno negativo (v. Trib. Milano 24 maggio 2010).

⁶⁷ Cfr. Trib. Torino 23 marzo 2004, in *Giur. It.*, 2004, 2120.

patrimoniali⁶⁸. Così, in via esemplificativa, sulla scorta dell'analisi della giurisprudenza, sono state considerate immediatamente lesive degli interessi del socio: a) la delibera consiliare che dispone l'illecita esclusione del socio per morosità⁶⁹; b) la delibera che stabilisce una scorretta valutazione dei criteri per la liquidazione delle azioni in caso di recesso dalla compagine sociale c) la delibera che stabilisce l'immotivata esclusione del diritto di opzione nel caso di aumento del capitale sociale; d) la delibera di aumento di capitale finalizzato soltanto ad avvantaggiare i soci di maggioranza⁷⁰; e) la delibera che dispone il finanziamento infruttifero da parte dei soci in favore della società⁷¹; f) la delibera che esclude dalla società il socio di cooperativa⁷². In linea con quanto statuito dal richiamato provvedimento, il socio, dunque, può impugnare una delibera del consiglio di amministrazione lesiva non soltanto di diritti soggettivi propriamente detti, bensì, più in generale, di posizioni giuridiche soggettive (non soltanto riconducibili alla sua sfera patrimoniale) meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento⁷³.

Orbene, occorre a questo punto dimostrare perché la delibera istitutiva di assetti organizzativi possa essere immediatamente lesiva di un diritto o di un interesse da parte del socio, anche nella prospettiva di un interesse più generale meritevole di tutela. La ratio della tutela demolitoria, specie se assistita da una richiesta di carattere cautelare, è quella di evitare il verificarsi di un pregiudizio, sicché postularne l'attualità quale effetto immediato della delibera potrebbe non essere dimostrabile, se questa è destinata ad avere effetti duraturi ed a cagionare danni indiretti, come ad esempio il verificarsi o l'aggravarsi del dissesto quale conseguenza della mancata previsione di un sistema di monitoraggio dei sintomi della crisi, dove il danno si verifica solo nel momento in cui il dissesto si manifesta, ma la sua origine è nell'omissione dell'istituzione del sistema di controllo. La capacità lesiva va intesa dunque anche quale potenzialità, considerando tale anche ogni decisione che possa pregiudicare l'efficacia dei controlli o l'efficienza dell'attività aziendale. Se si assume l'adeguatezza degli assetti come strumento primario per garantire la correttezza e l'efficienza dell'agire sociale, non si può dunque negare la legittimazione e l'interesse del socio ad impugnare la relativa delibera, sulla base del fatto che essa non determinerebbe un pregiudizio immediato. D'altra parte, non vi è, come nel caso del bilancio, un successivo passaggio assembleare che metta il socio nelle condizioni di impugnare un atto degli amministratori, sicché l'alternativa sarebbe quella di negare al socio ogni tutela rispetto ad un atto di quest'importanza⁷⁴.

⁶⁸ Tribunale Catanzaro, Sez. spec. in materia di imprese del 27/04/2022,

⁶⁹ Trib. Palermo, 9 giugno 2015.

⁷⁰ Cassazione civile, sez. I, 28/05/2009, (ud. 03/04/2009, dep.28/05/2009), n. 12506.

⁷¹ Tribunale di Roma, Sez. Specializzata Imprese, Sent. n. 147/2016 pubbl. il 08/01/2016.

⁷² Tribunale di Milano, Sez. Specializzata Imprese Sentenza n. 7498/2013 pubbl. il 28/05/2013.

⁷³ Cfr. Trib. Milano 19 settembre 2007, in *Giur. It.*, 2008, 372.

⁷⁴ La nozione di "diritto" è intesa prevalentemente quale diritto individuale e non come interesse alla semplice legalità. Cfr., da ultimo, Trib. Catanzaro, ord. 27 aprile 2022, dove, coerentemente agli insegnamenti della sentenza Cass. Civ., sez. I, 14/12/2000, n. 15786 e Cass. Civ., sez. I, 28/3/1996, n. 2850, si ribadisce che l'impugnazione da parte del socio può avvenire unicamente nel caso in cui le delibere viziate pregiudichino una posizione di cui è titolare il socio a livello puramente individuale, poiché inerenti ad una sua posizione giuridica protetta. Alla luce della predetta interpretazione, le deliberazioni impugnabili dai soci sarebbero quelle aventi un oggetto illecito, ossia affette da nullità e non quelle annullabili nella duplice categorizzazione dei vizi. In specie, la *lesione dei loro diritti* è espressione che riguarda la lesione di un interesse del socio protetto come diritto soggettivo: ciò o perché *uti singlus*, trattandosi di un diritto ormai distinto dallo *status socii*, o perché *uti socius*, quale diritto radicato nella legge che organizza la società (cfr. G. VISENTINI, *L'amministrazione delle società per azioni*, cit.). Per ulteriori approfondimenti, in chiave diacronica e comparata, sulla posizione dei

Altro tema che occorre scrutinare, che nei pochi precedenti in cui è venuto in esame ha avuto una risposta negativa⁷⁵, è la possibilità di riconoscere legittimazione all'impugnazione della delibera consiliare istitutiva di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche al creditore sociale o al terzo. Sulla base di un'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 2388 c.c., si è esclusa la legittimazione all'impugnazione della delibera consiliare di soggetti terzi, estranei alla società (inclusi i creditori sociali) anche se pregiudicati direttamente nei propri diritti (fermo restando che i diritti da questi acquistati in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni sono fatti salvi dalla norma *de qua*), sostenendo come, *"giammai potrebbe configurarsi, in terminis, una diretta caducazione - in via giudiziaria ordinaria e per iniziativa di soggetti terzi (ed estranei alla società) ancorché in ipotesi lesi o comunque diversamente incisi dalle (ritenute illegittime) deliberazioni dell'ente - della "determinazione" lesiva (ex se considerata), potendo al più ipotizzarsi un "intervento" su piano degli "effetti" dell'atto (rispetto al quale, soltanto, il terzo può dirsi legittimato a reagire) calibrando le opportune richieste cautelari in funzione della natura, riparatoria o ripristinatoria della tutela (patrimoniale o reale) effettivamente sollecitata e/o concretamente esercitabile"*⁷⁶.

Da tale tesi si ritiene di dover dissentire, anzitutto poiché essa omette di confrontarsi con la natura del vizio in esame, sicché la delibera potrebbe ritenersi impugnabile, ai sensi dell'art. 2379 c.c., da chiunque, purché in grado di dimostrare la concretezza del proprio interesse ad agire, in forza del pregiudizio, anche potenziale, subito. Né sembra condivisibile asserire che il terzo sarebbe tutelato, rispetto agli effetti della delibera, attraverso le azioni di responsabilità, anzitutto perché la coesistenza tra azioni risarcitorie ed azioni demolitorie è pacifica, e la prima è esclusa, per essere perseguibile solo la seconda, solo nelle specifiche ipotesi in cui la legge lo abbia previsto, come ad esempio nel caso dell'art. 2377 3° comma o dell'art. 2504 quater. È peraltro significativo, quanto al primo caso, che la fattispecie sia limitata alla sola ipotesi di annullabilità, mentre nel secondo, dove si fa più in generale riferimento alla categoria dell'invalidità, la norma include significativamente sia i soci che i terzi tra i soggetti legittimati ad esperire la sola azione di risarcimento, equiparandoli. Deve evincersi, dunque, come eventuali limiti di legittimazione siano stati contemplati solo per la categoria dell'annullabilità, ed altresì come, ai fini più generali dell'invalidità, comprensiva anche della nullità, il divieto di agire comprenda espressamente entrambe le categorie, circostanza che depone nel senso di una generale legittimazione anche dei creditori sociali, quanto meno a reagire nel caso dei vizi più gravi.

Malgrado l'apparente formulazione restrittiva dell'art. 2388 c.c., dunque, deve ritenersi che le delibere del consiglio di amministrazione possano essere impugnate, quanto meno nei casi di nullità, anche dal creditore o dal terzo, che vi abbiano interesse. Se così non fosse, ad essi non sarebbe riconosciuto alcuno strumento di tutela reale, ma solo risarcitorio (artt. 2394 e 2395 c.c.), tenuto conto, tra l'altro, dell'impossibilità da parte loro di esperire denuncia ex art. 2409 c.c. La delibera sugli adeguati assetti, infatti, tutela un interesse generale, che trascende da quello del singolo socio, nella misura in cui prevede l'obbligo di

soci cfr. S. DALLA BONTÀ, *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'Amministrazione nelle società per azioni, Studio sui rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria*, Milano, 2012.

⁷⁵ In tal senso si è pronunciata, seppur *incidenter tantum* la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 12 gennaio 2010, n. 259).

⁷⁶ Tribunale di Napoli, sentenza del 4 agosto 2010, annotata da M.P. FERRARI, *Delibere consiliari e richiesta cautelare di sospensione - il commento*, in *Società*, 2011, 1, 15.

stabilire regole utili a prevenire o comunque a rendere evidenti i sintomi di una insorgenda crisi⁷⁷. I creditori in particolare sono i soggetti maggiormente esposti ai rischi derivanti dall'istituzione di un assetto sociale inadeguato e, in assenza di legittimazione all'impugnazione della delibera consiliare istitutiva degli stessi, vedrebbero riconosciuta esclusivamente una tutela ex post, basata unicamente su rimedi risarcitori, che potrebbero rivelarsi vani. Il rimedio dell'impugnabilità per nullità della delibera consiliare in esame - in ipotesi, come si vedrà nel successivo paragrafo, lesiva di norme di interesse generale ed equiparabile, secondo la lettura proposta, a quelle che presidiano la regolarità del bilancio, la cui violazione rende pacificamente nulla la delibera per illiceità dell'oggetto a tutela di interessi di carattere generale - è l'unico in grado di assicurare, ad un tempo, una tutela reale ed effettiva a tutti i soggetti lesi nei propri diritti (creditori inclusi), nonché la correttezza e l'efficienza dell'agire sociale nell'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili in grado di prevenire l'insorgenza di una crisi d'impresa e la perdita della continuità aziendale.

5. Natura del vizio e sindacato di merito.

Come precedentemente osservato, le società commerciali sono prive di un corpo normativo autonomo, dedicato alle procedure di adozione e di sindacato delle delibere dell'organo di gestione⁷⁸. In passato tale vuoto è stato colmato con il non sempre facile ricorso all'applicazione analogica della disciplina assembleare; l'introduzione del comma 4 all'art. 2388 c.c., che ha previsto un rinvio a quest'ultima, lascia permanere spazi interpretativi per affermare l'esistenza di vizi propri dell'organo di gestione⁷⁹, per i quali la disciplina derivata non sarebbe compatibile e sufficiente (ad esempio la mancanza di collegialità)⁸⁰. Il sistema tende a garantire un equilibrio tra l'interesse alla stabilità giuridica degli atti societari e quello a sindacarne la validità e il merito⁸¹. Pertanto, la caducazione di una delibera consiliare, al pari di quella assembleare, pone, il tema del necessario ripristino dello *status quo ante* (o di legalità) rispetto al momento dell'insorgere del vizio, al fine di tutelare il c.d. *shareholders value* e gli interessi individuali dei soci e dei terzi. L'esame dei vizi

⁷⁷ Cfr. Cass. civ. Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 928, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 8, 56 con nota di FERRARI.

⁷⁸ IRRERA, *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, *Giur. Comm.*, 2004, 1132; NUZZO A., *L'invalidità delle decisioni dell'organo amministrativo*, in S.r.l. Commentario, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 580; PATRIARCA, *Le delibere consiliari viziate*, in *Annali del Dipartimento di Scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione dell'Università degli Studi del Molise*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006;

⁷⁹ V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, n. 12, 1466.

⁸⁰ Inoltre, in tale giudizio occorre tener presente la tesi per la quale i vizi che affliggono la delibera consiliare possono non essere perfettamente coincidenti rispetto ai vizi tipizzati della delibera assembleare. Con riguardo ai vizi procedurali della mancanza di collegialità nell'adozione della delibera, si veda Trib. Torino, 25 maggio 1974, *Giur. it.*, 1975, I, 2, 72, con nota adesiva di G. GRIPPO, il quale distingue le conseguenze giuridiche della mancata convocazione di uno degli aventi diritto a seconda che si tratti di un socio, chiamato all'assemblea, o di un amministratore ad un consiglio, evidenziando la diversità di funzioni che la collegialità svolge nei due organi societari.

⁸¹ Il codice di commercio del 1882 all'art. 163 prevedeva la regola secondo la quale le deliberazioni dell'assemblea generale adottate entro i limiti dell'atto costitutivo, dello statuto e della legge, vincolavano i soci, anche se non intervenuti o dissenzienti; il comma 2 prevedeva che contro le deliberazioni illegittime era consentita l'opposizione del socio; per il resto, vi era un rinvio al regime comune dei contratti. Il legislatore del 1942 rese autosufficiente la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni, alla quale faceva rinvio la società a responsabilità limitata, configurando l'annullabilità come regola generale e la nullità come sanzione residuale.

che possono colpire la delibera istitutiva degli assetti organizzativi verrà svolto mantenendo la tradizionale distinzione tra cause di nullità, riconducibili alla violazione di precetti posti a tutela dell'interesse generale e cause di annullamento, in relazione a regole poste a tutela degli interessi particolari dei soggetti direttamente interessati dai contenuti dell'atto consiliare.

I vizi di contrarietà alla legge e all'atto costitutivo (artt. 2377 e 2479-ter c.c.) di rilevanza sostanziale, ancorché attinenti al procedimento deliberativo, si individuano per prassi giurisprudenziale: nel vizio del rapporto di rappresentanza per difetto di legittimazione secondaria⁸²; nell'esercizio voto determinante da parte di soci privi del diritto (ad. es. in caso di pegno)⁸³; nella convocazione dell'assemblea in sede ordinaria anziché che in sede straordinaria e anche con la presenza irregolare dell'organo di controllo⁸⁴; nel voto di socio rappresentato da un *falsus procurator*⁸⁵; nell'eccesso o nell'abuso di potere nell'aumento del capitale⁸⁶; nella deliberazione di scioglimento anticipato della società priva di presupposti⁸⁷ o nella violazione dell'esercizio del diritto di opzione⁸⁸. Vizi c.d. di annullabilità che possono più facilmente essere distinti sotto due categorie ontologiche: l'esercizio abusivo del diritto o la deviazione procedimentale. Per quanto qui di interesse, tralasciando le ipotesi procedimentali, secondo l'orientamento più diffuso, si ha un abuso del diritto - anche in ambito deliberativo - quando questo è esercitato in contrasto al principio di buona fede o alla *ratio* normativa per la quale è stato individuato e riconosciuto come tale dall'ordinamento⁸⁹ o anche quando è esercitato per un diverso interesse rispetto a quello tutelato⁹⁰. Pertanto, nell'analisi della condotta abusiva è necessario svolgere un giudizio sui fatti e sulle motivazioni dichiarate per le quali è stato deliberato l'atto; ciò al fine di individuare il danno arrecato ai soci e ai terzi⁹¹. Traslando queste categorie

⁸² Cass. 27 gennaio 1967, n. 233; Cass. 4 gennaio 1966, n. 45.

⁸³ Cass. 10 marzo 1999, n. 2053.

⁸⁴ Cass. 15 novembre 2000, n. 14799, *Dir. fall.*, 2001, II, 73, con nota di MACERONI; *Riv. not.*, 2001, 904, con nota di SARTORE.

⁸⁵ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1624.

⁸⁶ Cass. 11 giugno 2003, n. 9353.

⁸⁷ Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387.

⁸⁸ Cass., ord. 16 ottobre 2014, n. 21942; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361, *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, II, 121, con nota di PRESCIANI; Cass. 7 novembre 2008, n. 26842, in *Riv. not.*, 2009, 468, con nota di SCUDERI e *Giur. comm.*, 2010, II, 256, con nota di BENTIVEGNA.

⁸⁹ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18.

⁹⁰ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, 81.

⁹¹ R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, *Contratti*, 2010, 524; con riguardo ai casi di abuso di maggioranza in ambito deliberativo, in giurisprudenza, si v. Cass., SU, 14 ottobre 2013, n. 23218; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361; Cass. 7 novembre 2008, n. 26842; Cass. 29 gennaio 2008, n. 2020, in *Soc.*, 2008, 974, con nota di DISARLI; Cass. 17 luglio 2007, n. 15950; Cass. 17 luglio 2007, n. 15942, in *Riv. not.*, 2009, 640, con nota di TIMPANO; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass. 11 giugno 2003, n. 9353, in *Foro it.*, 2004, I, 1219 e *Soc.*, 2004, 188, con nota di MALAVASI; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151; Cass. 5 maggio 1995, n. 4923; Cass. 4 maggio 1994, n. 4323; Cass. 27 aprile 1990, n. 3535; Cass. 29 maggio 1986, n. 3628, *Giust. civ.*, 1986, I, 2093, con nota di CERVALE; Trib. Vigevano, 2 marzo 2005; Trib. Milano, 2 giugno 2000; Trib. Milano, 18 maggio 2000; Trib. Como, 1° giugno 2000; Trib. Torino, 29 dicembre 1998; Trib. Perugia, 19 agosto 1998; Trib. Milano, 28 gennaio 1998, *Soc.*, 1998, 946, con nota di PICONE; App. Milano, 27 settembre 1983. Sull'abuso della minoranza si v. Cass., 22 aprile 2013, n. 9680; Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, *Giust. civ.*, 2001, I, 2439, con nota di COSTANZA; in dottrina si v. R. RORDORE, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 2007, 1448; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003; G.B. PORTALE, "Minoranze

giuridiche in ambito consiliare, si riscontrano nella prassi i conosciuti casi della delibera di un aumento del capitale al fine di ridurre la quota di una minoranza non in grado di sottoscriverlo (abuso della maggioranza) o, in senso inverso, il comportamento assembleare del socio di minoranza che rifiuta immotivatamente di approvare il bilancio sociale (abuso della minoranza)⁹². Fatte queste premesse, con riguardo alla delibera istitutiva degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, la condotta abusiva dell'organo di gestione potrebbe dunque riscontrarsi se l'allegazione delle informazioni poste a fondamento della motivazione dell'atto sia meramente emulativa rispetto allo statuto o sia *contra legem* e, pertanto, incida e limiti direttamente l'esercizio dei diritti dei soci e dei terzi. La prova della condotta abusiva dell'organo di gestione sarebbe raggiunta se si riscontra un intento doloso o una colpa che abbia determinato una lesione degli interessi degli *shareholders* e *stakeholders*, attraverso indici quali l'irragionevolezza o l'arbitrarietà della decisione. In questo senso occorre subito distinguere tra regole di "responsabilità" e regole di "validità", qualora la condotta abusiva dell'organo di gestione - sindacabile sotto i profili di responsabilità - incida profondamente sul contenuto dell'atto deliberativo, rendendolo *contra legem* o contro lo statuto. Al riguardo, rispetto ai profili di merito dell'atto deliberato, si osserva sin da adesso, ma verrà approfondito *infra*, che la *business judgement rule* attiene soltanto alla fase istruttoria del procedimento che porta alla delibera consiliare, non alla sua fase di adozione e di motivazione⁹³; essa, quindi, non può impedire un sindacato sull'invalidità dell'atto deliberato sotto i profili sostanziali. Nel caso della delibera di adozione degli assetti organizzativi, l'operatività della regola di discrezionalità dell'agire imprenditoriale sarebbe, comunque, limitata dal contenuto tipizzato della fattispecie di cui all'art. 2086 c.c. (come si vedrà *infra*); al pari della delibera consiliare oggetto di conflitto di interessi (2373 c.c.). La prova dell'invalidità della delibera consiliare non può, quindi, fermarsi agli elementi della sola fase istruttoria selezionati discrezionalmente da parte degli amministratori, ma deve svolgersi con riguardo alle sue motivazioni effettive e soprattutto rispetto ai fatti ad essa conseguenti, manifestatisi dopo la sua adozione, che costituiscono danno effettivo per i soci e i terzi⁹⁴. La contrarietà alla legge e allo statuto può considerarsi un vizio conseguente a una condotta abusiva dell'organo di gestione (regole di responsabilità), ma che attiene al merito dell'atto, sindacabile rispetto ai contenuti richiesti dalla fattispecie astratta dell'art. 2086 c.c. e, come si vedrà, anche in considerazione delle norme di natura secondaria e dalle prassi codificate dell'autorità di vigilanza e degli ordini professionali (regole di validità).

Proseguendo, si possono considerare "vizi di merito" quelli che attengono all'impossibilità o all'illiceità dell'oggetto della deliberazione (artt. 2374, 2379, 2479 c.c.). L'impossibilità dell'oggetto si può manifestare in quelle situazioni nelle quali l'atto deliberato sia incapace di realizzare lo scopo cui sarebbe destinato. In materia contrattuale l'oggetto è impossibile "quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la

di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des juges"? *Europa e dir. priv.*, 1999, 153 ss.; M. P. MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, *Contr. e impr.*, 1997, 1184.

⁹² Diverso è, invece, il caso della delibera di scioglimento della società, per la quale il legislatore ha riconosciuto ai soci la possibilità di revocare lo stato di liquidazione per salvaguardare, ove possibile, l'attività d'impresa.

⁹³ D. SCARPA, P. CENDON, *La delega nella S.P.A.: Principi e Funzioni*, Giuffrè, Milano, 2010, 255 ss. Principio transtipico che si riscontra anche nella giurisprudenza del Consiglio Stato 5.7.2006, n. 4259: "All'amministrazione è consentito svolgere ogni approfondimento istruttorio circa la congruità dei costi del servizio e l'adeguatezza delle giustificazioni rese e ciò conferma che l'amministrazione può liberamente avvalersi di tutti gli elementi necessari per raggiungere un convincimento sicuro in ordine alla affidabilità dell'offerta potenzialmente anomala prescindendo anche dalle diverse valutazioni della stessa impresa".

⁹⁴ Trib. Napoli, 30 dicembre 2015, *Corr. giur.*, 2016, 659, con nota di FERRARO.

sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta, e non anche quando insorgano ostacoli più o meno gravi nella esecuzione della stessa”⁹⁵. Invece, l’oggetto è illecito quando il contenuto⁹⁶ dell’atto è contrario alle norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono, quindi, l’interesse del singolo socio e la mera conformità alle norme (vizi di annullabilità), risultando diretto a impedire deviazioni dell’oggetto sociale. In tale categoria la dottrina e la giurisprudenza collocano l’approvazione del bilancio falso⁹⁷ o la delibera di aumento del capitale al di fuori dei suoi presupposti sostanziali, poiché si tratta di casi di violazione di norme imperative determinate dal contenuto dell’atto deliberato. La nullità in ambito deliberativo societario è, tuttavia, circoscritta alle ipotesi tipizzate, giacché l’art 2379 c.c. deroga alla disciplina civilistica sulla invalidità del contratto⁹⁸. Perciò, qualunque altra inosservanza alle norme inderogabili attinenti al procedimento deliberativo o alla causa o i motivi delle determinazioni adottate è sanzionata con l’annullabilità *ex art. 2377 c.c.*⁹⁹.

Rispetto ai contenuti normativi della delibera istitutiva degli assetti previsti dall’art. 2086 c.c. e dalle regolamentazioni di carattere secondario di determinati settori (*infra*) può ritenersi che tale atto consiliare abbia carattere generale e sia rivolto a tutelare il corretto svolgimento dell’attività d’impresa, se non la legalità stessa dell’agire, e sia, quindi, passibile di essere dichiarato nullo ove i suoi contenuti non siano diretti al corretto perseguimento dell’oggetto sociale perché impossibili o illeciti e pertanto inadeguati rispetto al loro scopo. Tuttavia, nonostante la particolarità della funzione e l’ampiezza dei contenuti della delibera consiliare istitutiva degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili può potenzialmente incidere sull’esercizio dei diritti dei singoli soci e dei terzi; nel caso in cui

⁹⁵ Cit. Cass. 21 maggio 2001, n. 6927. Con riguardo a una deliberazione assembleare che aveva disposto di beni dei soci si v. Cass. 26 ottobre 2005, n. 20758; Cass. 10 agosto 2005, n. 16826, *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 373, con nota di SOLE; Cass. 7 marzo 2005, n. 4822.

⁹⁶ Cass. 20 luglio 2016, n. 14932.

⁹⁷ Cass. 7 marzo 2006, n. 4874, *Soc.*, 2007, 703, con nota di IANNIELLO; Cass. 8 agosto 1997, n. 7398, in *Giust. civ.*, 1998, I, 465, con nota di VIDIRI; Trib. Milano, 10 dicembre 2010, *Giust. civ.*, 2011, 715, con nota di BALZARINI.

⁹⁸ G. PALMIERI, *Art. 2379, Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Milano, 2016, 1127; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l’impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, Banca, borsa e tit. cred., 2012, I, 141; C. ANGELICI, *Le società per azioni. I. Principi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2012, 332 ss., e ID., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2006, 116; P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, *Riv. dir. civ.*, 2011, 595, 603 s.; N. ABRIANI, *L’assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, CEDAM, Padova, 2010, vol. IV, t. I, 433 ss., p. 530, secondo il quale è “una nullità sui generis, che sarebbe forse scorretto definire relativa in quanto pur sempre invocabile da chiunque vi abbia interesse; certo molto relativizzata e quasi evanescente”; A. STAGNO D’ALCONTRES, *L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino, 2007, 167 ss., 208 s.; A. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino, 2007, II, 217 ss., 247; P. REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 913, 925 ss.; R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, *Riv. dir. comm.*, 102 (1), 79. 2004, I, 79, spec. 92; C.E. PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell’investimento azionario*, *Giur. comm.*, 2004, I, 586, 611; F. D’ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* a cura di Cian, CEDAM, Padova, 2004, 455, 457; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 125; A. PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle delibere assembleari di s.p.a.*, *Giur. it.*, 2003, 400, 405.

⁹⁹ Cass. 27 luglio 2005, n. 15721.

ciò sia appurato, l'invalidità dell'atto sarebbe invece sindacabile sotto i profili di annullabilità¹⁰⁰.

Raccogliendo delle prime conclusioni, si può sostenere che la delibera istitutiva degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili sia di natura sostanziale e come tale sindacabile con riguardo ai profili di merito rispetto alla sua contrarietà alla legge e allo statuto e con riguardo al suo oggetto possibile e lecito. Pertanto, l'adozione formale degli assetti non caratterizzerebbe la delibera come atto procedimentale, in quanto essa ha valore giuridico solo rispetto al merito dei suoi contenuti. In ragione di quanto appena sostenuto, la delibera istitutiva degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili è essenziale per il corretto e regolare svolgimento della funzione gestoria. Il concetto di adeguatezza rappresenta la tendenza del legislatore a dare rilievo giuridico a elementi della scienza aziendalistica e contabile. Tuttavia, in mancanza di una definizione giuridica la prassi ha tendenzialmente associato a tale concetto la nozione di perizia, quale diligenza tecnica¹⁰¹; così, però, sminuendo la portata del criterio di valutazione dell'organizzazione imprenditoriale. Infatti, l'adeguatezza è un concetto più vicino a un criterio di meritevolezza rispetto ai valori sociali, ambientali, ed economici perseguiti dall'impresa¹⁰². Per la concettualizzazione dell'adeguatezza degli assetti è necessario, quindi, far riferimento al canone della precauzione e al principio della proporzionalità. La precauzione nell'agire privato e pubblico è stata oggetto di analisi da parte della giurisprudenza comunitaria sotto il profilo dell'eventuale presenza di un errore manifesto o di uno sviamento di potere, in sede di contemperamento tra il diritto alla salute e il diritto alla libertà economica¹⁰³. Si è voluto così enucleare dal "canone della prevenzione", che attiene al corretto uso di mezzi scientifici e giuridici nell'agire pubblico e privato. Il 'canone della precauzione', che è il momento di valutazione della scienza applicata rispetto all'incertezza, alla indeterminatezza o alla insufficienza dei suoi risultati. Ciò si riflette sul margine di errore

¹⁰⁰ Tali considerazioni non supportano però la tesi che si sta affermando nella dottrina processualistica che l'azione della impugnativa delle deliberazioni assembleari sia un'azione sostanzialmente unitaria, si v. S. A. VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 2006, 262 ss. *Contra* sulla distinzione delle categorie dei vizi di annullabilità e di nullità P.M. SANFILIPPO, A. MIRONE, M. LIBERTINI, *L'assemblea di società per azioni - Art. 2363-2379ter*, Giuffrè, Milano, 2016, 430, 450, i quali sostengono che le fattispecie di deliberazione annullabile o nulla si distinguono per due profili processuali: la legittimazione e il termine per impugnare.

¹⁰¹ Nella giurisprudenza del Consiglio Stato sez. IV 14.4.2010, n. 2074: "Per l'edificazione di complessi turistico-alberghieri occorre che il richiedente la concessione dimostri l'esistenza di adeguata ed idonea via d'accesso, per adeguatezza dovendosi intendere non solo quella materiale, ma anche quella giuridica, cioè la disponibilità di un valido titolo abilitativo per il transito, e ciò al fine di evitare che la non certa e formale titolarità di un diritto di transito possa dar luogo a contenziosi che incidano sulla fruibilità dell'immobile adibito ad uso recettivo e svolgente, perciò, finalità di interesse generale".

¹⁰² Si tratta di un principio che si riscontra in maniera trasversale anche nel giurisprudenza amministrativa, si v. T.A.R. Milano 3.3.2010, n. 522: "Risulta necessario reinterpretare la responsabilità alla luce dei principi costituzionali, attraverso un ridimensionamento del ruolo della colpa ispirato al principio di solidarietà sociale, l'attenzione si concentra sul modello comportamentale dell'agente, atteso il processo di oggettivizzazione della responsabilità in funzione garantistica e assicurativa. L'adeguatezza e sufficienza del valore economico rispetto alla voce costo del lavoro deve essere di volta in volta rapportata al tipo di prestazione (sotto il profilo quantitativo e qualitativo) impiegata e al modello contrattuale prescelto". In dottrina si v. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, CEDAM, Padova, 2002, 64.

¹⁰³ Si veda la giurisprudenza comunitaria richiamata da SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità di impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura"*. *Prime riflessioni su un tema di ricerca*, *Contratto e impresa*, 2005, 21.

e sul grado di rischio che gli amministratori assumono. La gestione e l'organizzazione dell'impresa è, pertanto, orientata da una politica di prevenzione dell'errore e del rischio ed è cautelata dai presidi posti a controllo dei costi derivanti da eventi e da fatti non previsti o prevedibili¹⁰⁴. I criteri che consentono di rendere concreto il canone della precauzione rispetto all'attività d'impresa sono: l'immediatezza del rischio, la certezza del rischio rispetto alla probabilità di causare un danno, l'adattabilità e il contenimento del rischio. L'utilizzo di questi criteri renderebbe l'agire dell'imprenditore cauto, occorrono, però, informazioni quanto più reali per consentire al canone della precauzione di essere efficiente¹⁰⁵.

Quanto al principio di proporzionalità, l'adeguatezza necessita di essere relativizzata rispetto alle dimensioni e alla concreta attività dell'impresa¹⁰⁶. L'assetto adeguato è, quindi, conseguente a una valutazione dell'imprenditore rispetto alle concrete capacità dell'azienda di rispettare le previsioni di legge poste a tutela degli *shareholders* e *stakeholders*. L'imprenditore è, pertanto, titolare di una posizione di garanzia dalla quale deriva il potere di attribuire obblighi e di delegare funzioni per il miglior perseguimento dell'oggetto sociale. La posizione di garanzia del delegante - delineata dalle norme e dalla prassi - è, quindi, valutata in ragione del principio di proporzionalità e del canone di precauzione. L'atto di delega è lo strumento per mezzo del quale si investe di uno specifico incarico o una funzione il personale aziendale, che è così dotato di poteri decisori e di intervento; in tal modo l'impresa è nelle condizioni di svolgere in maniera adeguata la propria attività e di fronteggiare i rischi del mercato. All'imprenditore delegante permane, però, l'obbligo di vigilare e controllare il corretto esercizio della delega da parte del delegato. Nell'organo di

¹⁰⁴ Il principio di precauzione si fa risalire a Hans Jonas *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990, che ha proposto una teoria etica basata sui generali principi ecologisti sui quali sarebbe stata fondata la civiltà tecnologica del futuro. Nel suo scritto si distingue il principio della responsabilità da quello della precauzione, quest'ultimo sollecita il legislatore affinché la decisione scientifica sia valutata nei suoi rischi potenziali. Si v. anche DONÀ DALLE ROSE, *Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione*, in Alpa, Capilli, *Lezioni di diritto privato europeo*, CEDAM, Padova, 2007, 218 ess.; BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie della Corte Costituzionale*, Riv. giur. ambiente, 2006; DI BENEDETTO, *Biotecnologie, principio di precauzione*, *Rassegna di diritto civile*, 2007, 601; LEME MACHADO, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, Riv. giur. ambiente, 2007, 881; F. BATTAGLIA, *Il principio di precauzione: i costi della non scienza*, Associazione Galileo 2001, 21mo Secolo, Milano, 2004, 37 e ss., per il quale è: "principio di (tripla) priorità: (i) priorità dell'analisi scientifica rispetto alle preoccupazioni emotive (e ciò significa adottare una scala di priorità che tenga conto del rapporto costi/benefici); (ii) priorità della ragione scientifica rispetto a quella politica; (iii) priorità della salvaguardia ambientale rispetto all'onere economico.

¹⁰⁵ Criteri che valgono anche nella valutazione giudiziale sull'effettivo recupero aziendale, per chiarezza anche se riferita alla normativa antecedente al Codice Antimafia si v. Trib. Napoli 14.3.1993, Fallimento, 1994, 63: "Ai fini dell'ammissione dell'imprenditore collettivo alla procedura di amministrazione controllata, non è preclusivo il fatto che le azioni della società siano state soggette a sequestro e, quindi, a confisca, ai sensi degli art. 1 ss. l. 31 maggio 1965 n. 575. In sede di giudizio di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, l'accertamento delle comprovate possibilità di risanamento dell'impresa va operato non con riferimento ad un'ipotetica ed astratta possibilità di recupero aziendale, ma tenendo conto di tale effettiva probabilità fondata su dati specifici, concreti ed attendibili, in modo tale da imporre al tribunale la verifica delle cause della crisi, l'accertamento della coerenza e della congruenza delle metodologie prospettate come funzionali al loro superamento, della disponibilità e dell'adeguatezza dei mezzi necessari, nonché del riacquisto della capacità di adempiere le obbligazioni".

¹⁰⁶ PERRONE, *La struttura organizzativa d'impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, 5 e ss.; RICCIUTI, *Organizzazione aziendale*, Padova 1992, 30; DACCÒ, *L'organizzazione aziendale*, Padova, 1997, 3 e ss.; CAFFARATA, a cura di, *Materiali di studio dell'organizzazione aziendale*, Roma, Aracne, 1994; CODA, *L'orientamento strategico delle imprese*, Torino, Utet, 1988; GOLINELLI, *L'approccio sistemico al governo delle imprese*, vol. III, Padova, 2000.

gestione collegiale tale rapporto di delega riguarda l'amministratore delegato, ruolo necessario nel contesto aziendale, poiché consente una direzione più veloce e immediata dell'attività d'impresa¹⁰⁷. L'adeguato svolgimento dell'attività d'impresa è, pertanto, il risultato di una trasparente organizzazione aziendale, che - in ultima istanza - si può ricondurre al dovere dei delegati ad una transitiva e multidirezionale trasmissione delle informazioni alle funzioni aziendali. Un sistema informativo che si dirama su linee interne per lo svolgimento della corretta gestione dell'impresa e su linee esterne per assicurare l'esigenza di informazione e di controllo del mercato. Ciò consente di sostenere che la responsabilità dell'amministratore delegato è inversamente proporzionale alla qualità e quantità di informazioni che il terzo ha ricevuto; essa è, quindi, maggiore se l'informazione è bassa o inesistente. Si tratta di una responsabilità per colpa specifica se si riscontra l'inosservanza alle regole e alle discipline che regolano l'attività d'impresa (condotta abusiva) o una responsabilità per colpa generica se l'amministratore delegato non si è uniformato agli obblighi su di lui incombenti con riguardo alla predisposizione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

L'adeguatezza è, tuttavia, un criterio che va collocato sul confine che delimita il regime di responsabilità per colpa generica dal regime di responsabilità oggettiva¹⁰⁸. Infatti, in capo al delegante consiglio di amministrazione la disciplina codicistica attribuisce il dovere di verificare che l'organizzazione tecnica dell'impresa sia idonea a prevenire eventi e fatti dannosi rispetto a un rischio che può valutarsi oggettivamente scongiurabile. In tal senso, l'art. 2086 c.c. deve leggersi come norma che disciplina le regole di condotta di chi gestisce l'attività d'impresa e, quindi, riveste una "posizione di garanzia" valutabile in maniera aggravata rispetto alle puntuali prescrizione di legge¹⁰⁹. Un giudizio così severo nei

¹⁰⁷ Cass. pen. 23.2.2008, n. 22614, nella quale è stata riconosciuta la responsabilità penale dell'amministratore delegato per la mancata istituzione di un presidio di sicurezza. È stato, inoltre, precisato che le deleghe interne implicite e risultanti dal mansionario senza conferimenti dei poteri decisionali e di spesa a favore dei soggetti delegati permaneva la responsabilità in capo all'amministratore delegato, in quanto titolare originario titolare della posizione di garanzia. GIP - Uff. Indagini preliminari Nocera Inferiore 24.2.2005 "In caso di omissione di atti di amministrazione obbligatoria inerenti l'osservanza della normativa in materia di prevenzione incendi in una società a responsabilità limitata, i consiglieri di amministrazione in carica al momento del fatto, sono responsabili assieme all'amministratore delegato, poiché essi sono obbligati ad attivarsi per sollecitare una deliberazione del consiglio di amministrazione circa l'attività obbligatoria da compiere, tranne se l'attività obbligatoria non viene compiuta perché la maggioranza ha votato a sfavore e allora i consiglieri adempienti sono esenti da responsabilità" (ante d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6). In dottrina si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3° ed., vol. III, Cedam, Padova, 1999, 50 e ss.; Id., *Il negozio giuridico*, vol. III del *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 1988, 8 e ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, vol. VIII, tomo II del *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995; a MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, vol. VIII, tomo I del *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Filippo Vassalli, Utet, Torino, 1957, 8. Nella letteratura straniera si v. HOPT K. J., LEYENS P.C., *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, Max Planck Institute for Private Law and Max Planck Institute for Private Law, ECGI, January 2004, 5.

¹⁰⁸ D. SCARPA, P. CENDON, *La delega nella S.P.A.: Principi e Funzioni*, Giuffrè, Milano, 2010, 255 ss.

¹⁰⁹ L. CORSARO, *Colpa e responsabilità civile: l'evoluzione del sistema italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 543: "La responsabilità d'impresa talvolta si considera come fenomeno da disciplinare fuori dalla violazione di regole di condotta e, piuttosto, in una prospettiva che tuteli senza esitazioni il danneggiato, ponendo la responsabilità sull'impresa e il risarcimento dovuto come costo della produzione realizzata"; SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, *Impresa e società*, V, Napoli, 1967, 1797; LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, *Contr. impr.*, 1987, 104 ss.; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, *Contratto e impr.* 1985, 1 ss.; Id. *La commedia della responsabilità civile*, *Riv. cri. dir. priv.*, 1987, 191.

confronti degli amministratori, senza la scriminante della *business judgment rule*, può ritenersi non così eccessivo se si considera l'evoluzione normativa in corso rispetto agli adeguati assetti organizzativi di specifici settori di mercato (come si vedrà *infra*). Si può sostenere, infatti, che si è giunti a una vera e propria tipizzazione della fattispecie degli assetti organizzativi aziendali, in forza della quale in capo al consiglio di amministrazione sorge un *facere* non meramente formalistico, (come visto in precedenza), che se inadempito nelle sue precise prescrizioni comporta l'insorgere di una responsabilità, che sembrerebbe prescindere da una valutazione sulla colpevolezza o meno del suo operato¹¹⁰. La più recente giurisprudenza di merito formatasi sul tema non sembra essere, però, condividere la tesi di una responsabilità aggravata dell'organo di gestione con riguardo alla delibera istitutiva degli assetti, giacché fa rientrare quest'ultima tra le scelte strategiche dell'impresa e, quindi, nell'ambito di applicazione dell'art. 2381 c.c.¹¹¹. A bene vedere, tale argomento poteva considerarsi forse ancora valido all'indomani della riforma del 2003, ma non certo oggi, dove si assiste ad una serie di interventi normativi europei su specifici settori, che hanno ridotto la portata discrezionale delle modalità di costituzione e manutenzione degli assetti organizzativi, che dovranno essere conformi a framework predisposti dalle autorità di vigilanza e ad una osmosi, favorita dall'introduzione del canone generale di adeguatezza, dai settori speciali a quello generale. Si osserva che la *business judgment rule*, nella sua capacità scriminante, ridurrebbe altrimenti la portata della disciplina a tutela degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili. Mentre, infatti, il sindacato sull'esistenza o meno di vizi di invalidità dell'atto istitutivo degli assetti avrebbe luogo in ragione delle regole di responsabilità degli amministratori, svolgendosi in ultima analisi con riguardo alla validità

¹¹⁰ Tribunale Busto Arsizio, sez. III, 13/09/2022, n. 1243: "Dalla natura oggettiva della responsabilità per danni da cose in custodia deriva che perché essa possa configurarsi è richiesto solo il nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno lamentato. In simile contesto può assumere un ruolo decisivo la condotta del danneggiato, che può escludere la responsabilità del custode solo se integra il caso fortuito, ossia se presenta i caratteri di imprevedibilità ed imprevedibilità da parte del custode, che valgano a determinare una definitiva cesura nella serie causale riconducibile alla cosa" DeJure; Tribunale, Benevento, sez. I, 05/08/2022, n. 1847: "Dalla natura oggettiva della responsabilità per danni da cose in custodia deriva che perché essa possa configurarsi è richiesto solo il nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno lamentato. In simile contesto può assumere un ruolo decisivo la condotta del danneggiato, che può escludere la responsabilità del custode solo se integra il caso fortuito, ossia se presenta i caratteri di imprevedibilità ed imprevedibilità da parte del custode, che valgano a determinare una definitiva cesura nella serie causale riconducibile alla cosa" DeJure; Corte appello, Salerno, 20/07/2022, n. 972 "La responsabilità delineata dall' art. 2051 c.c. a carico del custode ha natura oggettiva e presuppone non la colpa del custode, ma l'esistenza di una mera relazione tra la cosa ed il danno: dunque essa va esclusa solo nel caso in cui il custode riesca a prova il caso fortuito, nel quale può rientrare anche la condotta della stessa vittima, con la precisazione, tuttavia, che nel valutare l'apporto causale fornito dal danneggiato alla produzione dell'evento il giudice deve tener conto della natura della cosa e delle modalità che in concreto ne caratterizzano la fruizione" DeJure.

¹¹¹ Tribunale, Roma, Sez. spec. Impresa, 15.09.2020, "L'operato degli amministratori in attuazione dei doveri di cui all' art. 2086 c.c. , come novellato dal d.lgs. n. 14/2019 , codice della crisi (adozione di adeguati assetti organizzativi con la finalità di rilevare tempestivamente la crisi e di intervento tempestivo per il suo superamento) è sindacabile nei limiti del principio della *business judgment rule* . Di conseguenza, la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporta sempre una responsabilità dell'organo gestorio, mentre ove una struttura organizzativa sia stata adottata, è possibile sottoporla al sindacato giudiziale, ex art. 2409 c.c. , nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza, sulla base di una valutazione *ex ante*" *IlSocietario.it* 2020. Tribunale, Roma, sez. XVI , 08.04.2020: "La regola dell'insindacabilità delle scelte gestorie degli amministratori di società di capitali (c.d. *business judgment rule*) può trovare applicazione anche con riferimento alle scelte organizzative, incumbenti sugli amministratori ai sensi dell' art. 2381 c.c. . La funzione di predisporre assetti organizzativi adeguati rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche. Il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è, però, assoluto: la scelta di gestione è insindacabile se è stata legittimamente compiuta e se non è irrazionale" *IlSocietario.it* 2020.

dell'atto in ragione degli artt. 2377 e 2379 c.c. (regole di validità), invece, il sindacato sull'adozione o meno di assetti adeguati o inadeguati si svolgerebbe sulla *ratio* normativa dell'art. 2086 e delle prescrizioni normative di carattere secondario dei settori di mercato e delle prassi aziendalistiche e si incentrerebbe sull'esistenza o meno di una organizzazione aziendale conforme ai *framework* tipizzati. Si avrebbero, quindi, due giudizi: uno di validità dell'atto consiliare rispetto alla formazione e alla adozione della delibera (vizi di annullabilità e nullità) e un giudizio di responsabilità aggravata con riguardo all'adozione di assetti adeguati conformi alle prescrizioni normative.

La tipizzazione della fattispecie degli adeguati assetti organizzativi è invece conseguenza della procedimentalizzazione dell'attività deliberativa, mediante la definizione di un contenuto vincolato della delibera. Questo è il caso della previsione del sistema di monitoraggio dei sintomi di crisi o della mancanza di continuità aziendale esplicitamente richiesto dall'art. 2086 c.c.¹¹² o anche, passando alla legislazione speciale, ad esempio quello del Regolamento (UE) n. 2554 del 14.12.2022 (DORA) sulla "*resilienza operativa digitale*" delle imprese bancarie e finanziarie che disciplina la capacità di tali enti di costruire esaminare, assicurare e riesaminare l'integrità e l'affidabilità operativa dei propri assetti organizzativi, tramite il ricorso diretto o indiretto ai servizi dei fornitori di Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC)¹¹³. Una legislazione così puntuale sulla tipologia degli assetti da adottare, sulla loro formulazione, sulla loro manutenzione, sulla loro vigilanza, che non indirizza semplicemente l'azione amministrativa dell'organo gestionale, ma ne detta i contenuti e ne impone l'adozione. In senso critico, rispetto all'orientamento illustrato, non sarebbe, pertanto, così difficile sindacare - in determinati mercati e settori - in punto di invalidità l'eventuale inadeguatezza che pone di per sé un tema di valutazione del merito della decisione; anche in considerazione delle numerose regole codificate in prassi di settore, che sono diventate veri e propri precetti giuridici, pur

¹¹² P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Riv. soc.*, 2019, 274 e ss.; CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*, *Giur. Comm.*, 2020, I, 5 ss; MOSCO, *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l.dopo il Codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, 1036. Con riguardo alla nozione di "*gestione di impresa*" e funzioni gestorie dei soci di s.r.l. si veda Massima Notarile n. 183 (17 settembre 2019) del Consiglio Notarile di Milano, che propone di intendere il termine "*gestione*", in quanto materia riservata agli amministratori, come riferito ai soli atti esecutivi, con possibilità che siano invece riservate ai soci di s.r.l. competenze decisionali in ordine al compimento di certi atti di gestione, rimessi poi, sul piano esecutivo, agli amministratori.

¹¹³ In data 17 gennaio 2023 è entrato in vigore il Regolamento (UE) n. 2554 del 14.12.2022, denominato DORA (Digital Operational Resilience Act). Il DORA è rivolto e si applica alle entità finanziarie, creditizie, ai prestatori di servizi di criptovalute (di seguito entità finanziarie) e ai fornitori terzi di servizi di TIC. Il DORA ha per oggetto gli obblighi posti a carico delle entità finanziarie (Art. 2, § 1, lett. a) - t)) relativi alla sicurezza dei sistemi informatici e di rete a sostegno dei loro processi commerciali (Art. 1), questi sono stati individuati dal legislatore europeo: i) nella gestione interna dei rischi legati alle TIC (capo II); ii) nella segnalazione alle autorità competenti degli incidenti gravi connessi alle TIC e alle minacce informatiche subite (capo III); iii) nella segnalazione alle autorità competenti di gravi incidenti operativi o relativi alla sicurezza dei pagamenti (capo III); iv) nella predisposizione ed esecuzione del test di resilienza operativa digitale (capo IV); v) nella condivisione dei dati e delle informazioni relative alla vulnerabilità e alle minacce informatiche (capo VI); vi) nelle misure di solida gestione dei rischi informatici derivanti dai terzi (capo V, sez. I). Il DORA, inoltre, impone l'osservanza per le entità finanziarie e i fornitori terzi di servizi di TIC di specifici "obblighi relativi ad accordi contrattuali" (capo V). Infine, il DORA stabilisce: le norme per l'istituzione e l'attuazione del "quadro di sorveglianza per i fornitori terzi di servizi TIC" (capo V); le norme per la cooperazione tra autorità competenti e le norme sulla vigilanza e applicazione da parte delle autorità competenti delle materie del regolamento (capo VI).

se provenienti da fonti non legislative; vedi, ad esempio, gli indirizzi della CONSOB¹¹⁴ e di Banca d'Italia¹¹⁵ in tema di controlli o i principi contabili emanati dall'Ordine Nazionale dei Dottori Commercialisti, la cui violazione rileva ad esempio quale evidenza di un vizio riferibile ai principi di redazione del bilancio.

In questo quadro normativo, le fonti giuridiche dalle quali può discendere una responsabilità dell'organo di gestione sono il risultato di una combinazione stratificata di "autonomia privata, norme secondarie e norme primarie" che consente "una regolazione efficace della materia"¹¹⁶. In tema di interconnessione dei diversi livelli normativi, in materia di controlli¹¹⁷, con riguardo all'informativa di bilancio rispetto a operazioni con parti correlate, sorge ad esempio l'esigenza di una compiuta motivazione e illustrazione delle ragioni sottese alle scelte organizzative, senza che il loro contenuto possa ritenersi insindacabile nel merito; ciò può, infatti, determinare l'invalidità della delibera di approvazione di un bilancio ove tali informazioni appaiano esistenti, ma riportate in modo meramente formale, senza alcun ulteriore supporto motivazionale o valutativo¹¹⁸. In sintesi, la codificazione di regole di predisposizione di assetti organizzativi adeguati da parte di enti qualificati o autorità di vigilanza, dovrebbe costituire paradigma di valutazione della esistenza, o meno dei crismi di regolarità della delibera, sia in termini di completezza dell'assetto così istituito, che in termini di corretta metodologia; profilo, quest'ultimo, che dovrebbe, altresì, contenere la possibilità di sindacare l'assenza o la semplice apparenza motivazionale ovvero la mancata giustificazione per cui l'assetto, così come concepito, possa dirsi adeguato (c.d. *context of justification*)¹¹⁹. Il "discorso giustificativo"¹²⁰ è, quindi, richiesto per riequilibrare il

¹¹⁴ <https://www.consob.it/documents/11973/201676/qg4.pdf/c68a1897-56d0-48f3-88e7-301a4325beaa>

¹¹⁵ <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/controlli-interni-antiriciclaggio/Disposizioni.pdf>

¹¹⁶ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 581 ss.

¹¹⁷ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra Codice civile e ordinamento bancario*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.6, 2015, pag. 726. M. STELLA RICHTER, *Regole delle procedure per le operazioni con parti correlate e modificazioni statutarie conseguenti*, in AA.VV., *Le operazioni con parti correlate*, a cura di V. Cariello, Milano, 2011, 45 ss.; E. PUCCL, *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, in *Riv. soc.*, 2014, 336 ss.

¹¹⁸ In giurisprudenza, Tribunale, Milano, 20.06.2019, n. 6040: "In forza dell'articolo 2427 n. 22 bis c.c. la nota integrativa deve indicare le operazioni realizzate con parti correlate, precisando l'importo, la natura del rapporto ed ogni altra informazione necessaria per la comprensione del bilancio relativa a tali operazioni, qualora le stesse siano rilevanti e non siano state concluse a condizioni di mercato. Dunque, l'informativa concernente le operazioni con parti correlate è dovuta solo se tali operazioni sono "rilevanti", e "non concluse a condizioni di mercato". L'informazione non è dovuta qualora non si verifichi anche una sola delle due condizioni (concorrenti e necessarie). In altre parole, la norma non trova applicazione qualora i rapporti con parti correlate siano stati "irrilevanti" ovvero pattuiti o eseguiti "a condizioni di mercato". Conf. Corte appello, Milano, 27/06/2018.

¹¹⁹ La distinzione fra *context of discovery* (procedimento che porta alla soluzione del problema) e *context of justification* (procedimento diretto a dimostrare, giustificandola, la validità di tale soluzione) si fa risalire a H. REICHENBACH, *Philosophie der RaumZeit-Lehre*, 1928, tr. ingl. *Space and Time*, New York, Dover Publ., 1958, passim. Per ulteriori approfondimenti v., tra i tanti, P. HOYNINGEN-HUENE, *Context of Discovery and Context of Justification*, in 18 *Stud. Hist. Phil. Sci.*, 1987, 501 ss.; T. ARABATZIS, *On the Inextricability of the Context of Discovery and the Context of Justification*, in J. SCHICKORE, F. STEINLE (eds.), *Revisiting Discovery and Justification. Historical and Philosophical Perspectives on the Context Distinction*, Dordrecht, Springer, 2006, 216 ss

¹²⁰ In dottrina assume rilievo la tesi che svaluta la distinzione tra giustificazione e motivazione dell'atto e che propone di intendere la motivazione come "discorso giustificativo", cosicché i due termini possano formare un significato unitario del corredo argomentativo della decisione, indirizzato a soggetti che svolgano "una valutazione positivamente rilevante o ai fini dell'affermazione di una responsabilità [...] a carico dell'agente, ovvero, [...] ai fini del riconoscimento o del disconoscimento della validità della decisione sindacata" A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano 1097, 58 ss.

rapporto tra l'organo di gestione e gli *shareholders* e *stakeholders*, caratterizzato da una profonda asimmetria informativa e anche dal potere degli amministratori di disporre di diritti altrui.

L'obbligo generale di motivazione delle delibere consiliari, seppur privo di collocazione all'interno del codice civile (salve fattispecie quali il conflitto di interessi, le operazioni con parti correlate o quelle infragruppo)¹²¹, è principio transtipico da applicarsi agli atti di gestione che possono incidere direttamente o indirettamente su un diritto o su un interesse altrui¹²². La motivazione assume, quindi, una valenza garantista¹²³, rispetto alla possibile lesività del provvedimento; essa, in definitiva, non è «*un tramite rappresentativo dell'iter decisionale, ma si limita a dotare di un apparato giustificativo*» la decisione stessa¹²⁴.

¹²¹ L. MARCHEGIANI, *La Motivazione delle Deliberazioni Consiliari nelle Società per Azioni*, Giuffrè, Milano, 2018; P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011; Relazione al Convegno Paradigma - Milano - 27 maggio 2003, Riv. OdC 1 ss.; R. PENNISI, *La motivazione delle decisioni nei gruppi di società*, in Studi per Giovanni Nicosia, vol. VI, 2007, 83 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in Riv. dir. civ., 2009, II, 761. A.D. SCANO, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, in Saggi di Diritto Commerciale, Milano, 2018, pag. 277 ss. G. BARBARA, *La motivazione delle delibere assunte dal CdA della società di capitali*, in Società e Contratti, Bilancio e Revisione - Eutekne, 12/2019, pag. 6 ss. L'A., nell'approfondire i contrapposti orientamenti interpretativi, arricchisce l'alternativa netta tra motivazione obbligatoria per legge o meno. Evidenzia, infatti, che spesso, nella prassi societaria, si riscontra una motivazione volontaria, fondata "sull'iniziativa spontanea dell'organo che delibera e verosimilmente funzionale a chiarire le ragioni che spingono all'adozione di una determinata decisione; ipotesi diversa dalla motivazione volontaria in senso stretto è l'eventualità in cui lo statuto adottato dalla società imponga esso stesso, in alcuni casi, la motivazione".

¹²² M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*. In *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese, Mulino, 2016; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Europ. rev. publ. law*, 2009, 3, pp. 1037 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Le modalità di esercizio del potere amministrativo*, in *Il contributo del diritto amministrativo a 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 66 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013. Nella letteratura straniera si veda, J. P. SOLÉ, *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, a cura di E. Chiti, B.G. Mattarella, Springer, Berlin, 2011, pp. 133 ss.; J. WAKEFIELD, *The right to good administration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007; J.L. MASHAW, *The Role of Reason in Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 11, per il quale "The path of administrative law has been the path of the progressive submission of power to reason"; ID *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, in *The George Washington Law Review*, 2007, p. 101, secondo cui: "administration without reason cannot meet the challenge of defending its democratic legitimacy"; ID., *The rise of reason giving*, in *Comparative Administrative Law*, a cura di S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2017, pp. 268 ss, per il quale: "rise of adequate reason giving as the modern touchstone of an administrative action's legality [...]"; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 553. L. Azoulai, L. Clement-Wilz, *La Bonne administration*, in *Traité de droit administratif européen*, a cura di J. B. Auby, J. Dutheil De La Rochere, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 671 ss.

¹²³ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1235 ss., "ancora molto intenso è il divario, nella giurisprudenza pratica, tra concezioni 'garantiste' e concezioni 'riduzioniste' della motivazione del provvedimento amministrativo". Nello stesso senso, si esprime G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2012, 3, pp. 837 ss. Si è espressa in tal senso anche la Corte Costituzionale 05.11.2010, n. 310, secondo cui "L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi [...] è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli articoli 97 e 113 della Costituzione, in quanto, da un lato, costituisce il corollario dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale".

¹²⁴ Cit. A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano 1097, 58 ss.

Attraverso il vizio motivazionale, infatti, è possibile recuperare da parte del socio o del creditore l'assenza delle informazioni prodromiche all'adozione degli assetti, dove non vi sia nella delibera alcuna informazione che contestualizzi e consenta di spiegare le ragioni delle scelte adottate anche in termini di confronto con il passato¹²⁵. Sarei, dunque, dell'avviso che l'impianto motivazionale della delibera debba contenere un'ampia base informativa e non soltanto la decisione di istituire gli assetti o la loro concreta attuazione, onde consentire a soci e creditori sociali una valutazione quanto meno della metodologia adottata e della sua conformità a determinate normative e ai modelli invalsi nella prassi, senza limitarsi solo all'apparente completezza formale¹²⁶. In assenza di tali elementi, alla stregua di quanto avviene per la delibera di bilancio, sarebbe predicabile un vizio di invalidità, ascrivibile alla categoria della nullità se, come nel primo caso, viene lesa un interesse di carattere generale alla trasparenza e all'adeguatezza dell'organizzazione e dell'attività aziendale, di cui è indice primario, ma non solo, l'assenza di un sistema di prevenzione e controllo della crisi.

6. *La tutela cautelare. Gli effetti della dichiarazione di invalidità o di sospensione.*

Secondo un'interpretazione più risalente e restrittiva, la sospensione sarebbe ammissibile solamente con riferimento alle deliberazioni che possono essere oggetto di esecuzione¹²⁷, in base alla tralattiva distinzione tra "esecutività", intesa come possibilità di essere eseguita, ed "efficacia", ovvero idoneità a produrre effetti. Presupposto di tale tesi è che vi siano delle tipologie di delibere ontologicamente non sospendibili, tra queste quelle cc.dd. "autoesecutive", ovvero tutte quelle a contenuto organizzativo, di per sé insuscettibili di materiale esecuzione, quali, a titolo esemplificativo, le deliberazioni di approvazione del bilancio nonché di nomina o revoca degli amministratori o di altri organi. Esse, infatti, produrrebbero effetti a prescindere da qualsiasi attività esecutiva. Ad esse sono state inoltre assimilate quelle delibere la cui esecuzione, in tutto o in parte, risulti già realizzata al momento della domanda cautelare. Rispetto a deliberazioni di questo tipo, sarebbe difficile,

¹²⁵ Così A. PISANI MASSAMORMILE, *Invaldità delle delibere consiliari*, Nuovo diritto delle società, Torino, UTET giuridica, 2007, p. 536, per il quale il vizio motivazionale è una violazione del dovere dei partecipanti e degli interessati ad "accertare prontamente (quantomeno) cosa si è deciso in quella occasione".

¹²⁶ La motivazione definita "algoritmica" è oggi il tema di frontiera anche con riguardo all'adozione degli assetti organizzativi, la quale potrebbe confliggere con le necessità di informazione degli interessati se il processo logico-matematico in forza del quale la delibera è stata adottata non è reso esplicito e descritto in linguaggio naturale nella delibera consiliare. In tale contesto si pone l'esigenza di una più accurata motivazione, che dia 'lettura' dell'elaborazione algoritmica. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019; M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in *La tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci, L. Turchia, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 155 ss.

¹²⁷ Secondo tale orientamento, la misura cautelare sarebbe inidonea a rimuovere situazioni già consolidate, consentendo soltanto di mantenere immutata la situazione su cui è chiamata ad intervenire la futura sentenza di merito (si veda sul punto: PROVINCIALI, *Presupposti del procedimento di sospensione delle delibere assembleari*, cit., 61 ss.). Con riferimento alla deliberazione di approvazione del bilancio si discute della sospendibilità, in quanto documento a carattere dichiarativo e meramente ricognitivo che rappresenta la situazione patrimoniale e finanziaria della società, nonché il risultato economico dell'esercizio di riferimento. In quanto tale, la delibera di approvazione del bilancio non è, di per sé stessa, suscettibile di una propria esecutività, richiesta invece dall'art. 2378 c.c., si v. Trib. Roma, 25 luglio 2013; Trib. Roma, 26 gennaio 2015; Trib. Roma, 19 maggio 2015.

o inutile, ipotizzare la sospensione dell'esecuzione¹²⁸, anche in ragione del fatto che la sospensione cautelare avrebbe natura meramente conservativa, essendo idonea non già ad anticipare gli effetti della sentenza di annullamento, ma ad impedire che, dal momento della pronuncia dell'ordinanza da parte del giudice, la delibera possa produrre ulteriori effetti¹²⁹, presupponendo l'esistenza di uno iato temporale e logico-giuridico tra l'approvazione della deliberazione e la sua esecuzione¹³⁰.

A tale orientamento interpretativo se ne è contrapposto uno diverso, ampiamente maggioritario in giurisprudenza, cui parte della dottrina era pervenuta già prima della riforma del diritto societario¹³¹ che, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di esecutività, muovendo dal presupposto che "eseguire" non significa altro che dare attuazione, ovvero sia attivarsi affinché la delibera abbia l'efficacia tipica dello schema legale ipotizzato, esclude qualsiasi distinzione sostanziale tra "efficacia" ed "esecuzione" e individua quale unico limite logico al rimedio sospensivo la circostanza che gli effetti della deliberazione si siano definitivamente realizzati ed esauriti, da valutarsi in sede di indagine sul *periculum in mora*¹³². Infatti, se con l'esecuzione della delibera si produce un effetto sul piano empirico, ovvero si determina una modificazione della realtà fenomenica, anche la delibera auto-esecutiva ovvero quella già eseguita produce effetti che si collocano sul piano normativo e che operano a prescindere da qualunque modificazione ulteriore della realtà materiale¹³³; la sospensione pertanto, non può che investire entrambi gli aspetti della volontà e, quindi, non solo le modificazioni della realtà sostanziale che sono diretta conseguenza della delibera, ma anche gli effetti giuridici che si producono contestualmente

¹²⁸ La questione che si ripropone per le delibere consiliari di istituzione (o modificazione) dell'assetto organizzativo, era già stata affrontata, come si dirà infra, con riguardo alle deliberazioni assembleari di nomina e revoca degli amministratori, di approvazione del bilancio di esercizio, di modificazione dello statuto, di esclusione di soci, per quelle aventi ad oggetto operazioni sul capitale e per le delibere negative (Cfr. G. ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, Nota a sentenza Cassazione Civile, Sez. I, 26 aprile 2021, n. 10986, in *Le Società* 4/2022 ed ancora G. ROMANO, *La sospensione cautelare delle delibere assembleari. Profili problematici*, in *La riforma del diritto societario nella "giurisprudenza delle imprese"*, Milano, 2017. Sul punto, anche, I. KUTUFÀ, *Delibere assembleari self-executing e tutela cautelare*, cit., 722 ss. ed U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionali*, cit., 180 ss).

¹²⁹ A. BERTOLETTI, *Assemblea*, cit., 360 secondo cui la natura anticipatoria della sospensione determinerebbe la non necessità della successiva sentenza di merito, effetto incompatibile con il sistema delle impugnazioni e con la disciplina dell'annullamento cui è riconosciuta efficacia retroattiva. Ed ancora A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, cit., 285, "una normativa che pone in primo piano la certezza e la stabilità degli atti societari difficilmente potrebbe sopportare, anche in ordine ai rapporti con i terzi, che la delibera possa rimanere a lungo in una sorta di limbo o di 'ibernata terra di mezzo', senza alcuna certezza della sua validità". Sempre sulla natura conservativa del provvedimento di sospensione: C. FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, Supp. I, 63 ss.; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., 1520.

¹³⁰ I. KUTUFÀ, *La sospensibilità di delibere assembleari già eseguite*, cit., 86. che critica tale ricostruzione definita formalistica.

¹³¹ C. ZAGANELLI, *Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 369.

¹³² M.L. GUARNIERI, *La sospensione delle delibere assembleari già eseguite: ammissibilità della cautela, natura della misura e ricadute processuali*. in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*. Trib. Catanzaro, 4 novembre 2020, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, nonché Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. Comm.*, 1988, II, 904.

¹³³ Sull'oggetto della sospensione si v. COREA, *Per la chiarezza di idee in tema di effetti della sospensione e della sentenza di annullamento di delibere assembleari*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 1, 2020, 123, spec. 145.).

alla sua emanazione, in quanto atto presupposto di altri fatti, atti o attività. Del resto, se la *ratio* del rimedio previsto dall'art. 2378 c. 3 c.c. è quella di evitare che il diritto o l'interesse di chi agisce impugnando una deliberazione assembleare possa subire gravi pregiudizi nelle more del procedimento d'impugnazione, ai fini della cautela provvisoria, "*non vi è distinzione tra esecuzione ed efficacia della stessa, dovendo l'atto risultare semplicemente suscettibile di produrre ulteriori effetti rispetto all'organizzazione sociale*". Aderendo a tale prospettiva si è sostenuto che può essere ammessa la sospensione della delibera di nomina degli amministratori: benché tale delibera riceva immediata esecuzione con l'accettazione della carica da parte degli interessati, essa è comunque destinata a produrre i propri effetti per l'intero periodo di durata dell'incarico conferito. Ne consegue che, sino a quando perduri l'efficacia della nomina degli amministratori, il provvedimento cautelare di sospensione può essere utilmente emesso. In sintesi l'orientamento prevalente, muovendo dal presupposto che il sistema di tutela cautelare debba essere conforme ai principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di strumentalità del processo rispetto al diritto azionato, riconosce al rimedio reale di cui all'art. 2378 c. 3 c.c. natura anticipatoria dell'effetto caducatorio proprio della sentenza di annullamento¹³⁴. La ricostruzione della tutela in termini anticipatori trova poi conferma anche nell'art. 35 D.Lgs. 17.01.2003, n. 5 il quale, a differenza dell'art. 2378 c.c., attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'"efficacia" della deliberazione, non già la sola "esecuzione"¹³⁵. Riportando tali ragionamenti al caso di specie, la delibera istitutiva di assetti organizzativi appare connotata, alla stregua di quella di nomina degli amministratori, da effetti permanenti, tali da determinare sempre e comunque la sua esecuzione. Su questo profilo, dunque, non dovrebbe poterne essere negata l'attitudine alla sospensione.

Quanto all'individuazione dei parametri di riferimento nella valutazione sulla sussistenza dei presupposti di concessione della misura sospensiva dell'esecuzione di delibere sociali, riemerge il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto già prima della riforma del 2003, in ragione della generica formulazione dell'allora art. 2378, comma 4 c.c. 1¹³⁶. Molto lascia all'interpretazione, infatti, il mero rinvio, sotto condizione di compatibilità,

¹³⁴ Trib. Milano 23 marzo 2016. Sul punto v. anche Trib. Milano, 17 maggio 2017 secondo cui non impedisce la sospensione della delibera l'intervenuta accettazione dell'incarico da parte dell'amministratore unico nominato e l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, quando la deliberazione sia ancora destinata a produrre effetti sulla struttura della società e sulla sua organizzazione. Trib. Milano 21 giugno 1988; Trib. Napoli 24 gennaio 1989, in *Società*, 1989, 6, 586; Trib. Piacenza 6 maggio 1989, in *Società*, 11, 1989, 1167. *Ex pluribus* Trib. Catanzaro 17 ottobre 2017; Trib. Torino 4 settembre 2013; Trib. Catania 18 luglio 2013; Trib. Saluzzo 10 aprile 2001

¹³⁵ TUCCILLO, *La sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni assembleari*, in Codice delle misure cautelari, NAZZICONE (a cura di), Torino, 2012, 157 e ss. In senso conforme: G. ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *Le Società* 4/2022 R. BERNABELI, *La sospensione cautelare "speciale"*, cit., 849 secondo cui "*una delibera organizzativa o auto esecutiva può produrre effetti permanenti: come, tipicamente, nel caso del potere di gestione conferito, con la nomina impugnata, ad un amministratore*".

¹³⁶ La riformulazione dei presupposti per la concessione della sospensione d'esecuzione della delibera assembleare impugnata, l'art. 2378, comma 4 c.c. vigente richiede la comparazione tra pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione, pur con taluni dubbi riguardo ai diversi profili applicativi dell'istituto (sul punto Cfr. Carratta, op. cit., 1458 ss). Tuttavia, in tema di applicazione della misura sospensiva nelle due ipotesi di impugnativa di delibera consiliare, previste dall'art. 2388 comma 4 c.c., ovvero quelle di impugnazione rispettivamente da parte di amministratori e sindaci di delibere del c.d.a. assunte in violazione della legge o dello statuto, e da parte di singoli soci di delibere consiliari lesive di loro diritti, il generico rinvio, per quanto compatibili, alle disposizioni di cui all'art. 2378 c.c. pone questioni talune problematiche. La diversità del contesto di adozione

che l'art. 2388, comma 4 c.c. fa all'art. 2378 c.c. È ormai consolidato, anche nel caso di deliberazioni consiliari, quell'orientamento formatosi con riferimento alle impugnative delle delibere assembleari già in epoca antecedente alla riforma, secondo cui la concessione della misura sospensiva - al di là della restrittiva formulazione del dato positivo - debba essere subordinata alla sussistenza sia del *fumus boni juris* che del *periculum in mora*¹³⁷, stante la natura cautelare del provvedimento richiesto. Se la valutazione sul *fumus* assicura alla decisione del giudice sulla concessione o meno della misura sospensiva una maggiore ponderatezza, la verifica circa la sussistenza del *periculum* ripropone le problematiche interpretative relative alle conseguenze dell'intervento giudiziario rispetto alle molteplici dinamiche societarie, ove la ponderazione degli interessi contrapposti segna il discrimine rispetto alla sussistenza o meno del requisito in esame. In astratto, non vi dovrebbero essere dubbi circa la possibilità di ravvisare il *periculum* nell'impugnazione delle deliberazioni consiliari in tema di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, stante il riconoscimento, a livello giurisprudenziale, della possibilità di ricorrere ex art. 2409, il che postula una irregolarità grave ed attuale¹³⁸. Ai fini della concreta declinazione del *periculum*, tuttavia, pur tenendo conto del richiamo operato dall'art. 2388, comma 4 c.c. all'art. 2378, comma 4 c.c. e quindi al criterio di comparazione del pregiudizio, occorre considerare che la diversità dei vizi e di legittimazione ad impugnare che il codice contempla nelle due diverse norme sopra citate, impone una differente applicazione - e quindi interpretazione - dei presupposti di concessione della misura cautelare sospensiva. Occorre dunque distinguere l'azione promossa dal socio che lamenta una lesione di diritti propri, da quella in cui ad impugnare sia un amministratore o un sindaco. In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza¹³⁹, riprendendo un orientamento già formatosi in merito alla sospensione dell'esecuzione di delibere assembleari su istanza degli amministratori o del collegio sindacale¹⁴⁰, esclude di dover guardare alla comparazione tra pregiudizio del ricorrente e quello della società resistente. Si è ritenuto, infatti, di dover erigere a parametro di comparazione il raffronto tra vantaggi e svantaggi che alla società stessa deriverebbero

delle delibere consiliari rispetto a quello delle delibere assembleari e dei soggetti legittimati all'impugnazione delle une e delle altre impone, infatti, come la clausola di compatibilità ben evidenziata, riflessioni differenti ed ulteriori (anche) sulle modalità di applicazione della sospensione, impugnazione pendente, dell'esecuzione della delibera impugnata.

¹³⁷ In tal senso, la giurisprudenza, già prima della riforma del 2003, rispetto all'applicazione della misura sospensiva in pendenza di impugnativa delle delibere assembleari. Vedasi: Trib. Milano, 26 marzo 1997; Trib. S.M. Capua Vetere, 5 novembre 1996; Trib. Roma, 18 marzo 1996; Trib. Bologna, 15 settembre 1992. La dottrina ritiene che la riformulazione dell'art. 2378, comma 4 c.c. a seguito della riforma del diritto societario del 2003 apra automaticamente alla necessaria valutazione del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, stante la natura cautelare del provvedimento sospensivo (Cfr CARRATTA, op. cit., 1456).

¹³⁸ Cfr di Trib. Milano, 18.10.2019, cit.; Trib. Benevento, 18.12.2019, cit.; Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit.; Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit.; Trib. Cagliari, 19.1.2022 - MACARIO F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali" in *Diritto della Crisi*, 26 Maggio 2022; Trib. Milano 21 ottobre 2019, in *Le Società*, 2020, 988, con nota di I. CAPELLI "Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409"; Trib. Roma 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, 1358, con nota di S. FORTUNATO "Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule".

¹³⁹ Cfr: Trib. Verona, Sez. IV, Ordinanza, 25/07/2012, secondo cui: "Presupposti per la concessione della sospensione di delibera consiliare impugnata sono *fumus boni juris* e *periculum in mora*, quest'ultimo da valutarsi, ove l'impugnativa sia stata presentata da un amministratore, non tanto secondo la comparazione di interessi di cui all'art. 2378, comma 4, c.c., bensì sulla base del raffronto tra vantaggi e svantaggi che alla s.p.a. deriverebbero dalla sospensione o meno della delibera impugnata".

¹⁴⁰ V. SILVETTI, op. cit., 557.

dalla sospensione o meno della delibera impugnata, non avendo dunque riguardo alla sola irreparabilità del danno causato al ricorrente dalla delibera, bensì tenendo in considerazione gli interessi della società ed abbandonando, per altro verso, una comparazione tra interessi in termini meramente quantitativi, aprendo ad una valutazione qualitativa e proporzionata alla specifica situazione in cui l'impugnazione è stata proposta e la sospensione richiesta¹⁴¹. Tale conclusione appare del tutto coerente con la funzione di controllo del funzionamento societario attribuita alle impugnative di delibere sociali, viste non soltanto quali strumento ed occasione per sanzionare un danno subito dal singolo socio, ma anche per garantire un corretto svolgimento delle attività organiche della società¹⁴²; ciò è vero specie con riferimento a quelle deliberazioni consiliari che hanno ad oggetto l'istituzione di un adeguato assetto organizzativo, la cui invalidità per definizione è potenzialmente foriera di un pregiudizio per la società, che in mancanza di un assetto adeguato è privata dello strumento idoneo a garantire un corretto svolgimento delle funzioni sociali ed aziendali¹⁴³.

Stante la peculiarità dell'oggetto dell'impugnazione, tuttavia, la distinzione soggettiva non dovrà condurre ad una valutazione del *periculum* diversamente declinata in base al fatto che ad agire sia l'amministratore ovvero il socio, poiché quest'ultimo, nell'impugnare tali delibere consiliari, esercita una funzione di controllo analoga a quella dei componenti degli altri organi sociali. Come si è detto con riferimento ai procedimenti ex art. 2409 c.c.¹⁴⁴, il socio che agisce per ottenere la sospensione prima, e l'annullamento poi, della deliberazione consiliare istitutiva di un assetto organizzativo non tutela infatti solamente un interesse proprio, di carattere patrimoniale, ma anche quello della società di cui contesta l'atto di gestione irregolare, foriero di un pregiudizio che esula dalla propria sfera soggettiva. L'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili sembrerebbe infatti tutelare un concorso di interessi, non soltanto privatistici ed endo-societari, quali la corretta gestione del patrimonio sociale, ma altresì più generali¹⁴⁵, di natura pubblicistica, quali la conservazione dell'equilibrio patrimoniale, funzionale ad evitare ricadute negative sistematiche sul mercato o comunque su quegli operatori che interagiscono con l'impresa in crisi, stante l'esplicito riferimento ai doveri di cui all'art. 2086 c.c. che si rinviene nell'art. 3 del CCII¹⁴⁶. Muovendo da tale premessa, nella verifica del

¹⁴¹ DALLA BONTÀ' "Sulla sospensione d'esecuzione di delibera consiliare impugnativa pendente: riflessioni minime sul ruolo del giudice quale ago della bilancia nel poliedrico assetto delle dinamiche societarie - il commento" in *Il Corriere Giuridico*, n. 3, 1 marzo 2013, p. 376; Nota a sentenza: Trib. Verona Sez. IV Ord., 25 luglio 2012.

¹⁴² DALLA BONTÀ' "L'impugnazione delle delibere del Consiglio d'Amministrazione nelle società per azioni. Studio sui rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria", Padova, 2012, 208 ss., 244 ss.: "Anche nelle azioni di cui all'art. 2388, comma 4 c.c. emerge, infatti, pur nell'inevitabile contrasto tra interessi della maggioranza e minoranza partecipativa di s.p.a., il tratto di c.d. private law enforcement insito nella previsione delle impugnative di delibere sociali, ovvero di protezione di situazioni giuridiche sostanziali a rilevanza pubblica (che il diritto societario delle s.p.a. senza dubbio contempla) per il tramite dell'iniziativa privata".

¹⁴³ Sul punto, vedasi la "Guida operativa - attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo" elaborata dalla Commissione Collegio Sindacale dell'ODCEC di Roma e validata dal Gruppo di studio per le Norme di comportamento degli Organi di controllo legale delle Società del CNDCEC, pubblicata nel maggio 2015 che, all'art. 2 precisa che "Un assetto organizzativo è adeguato quando è in grado di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali".

¹⁴⁴ A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Milano 2012, 817.

¹⁴⁵ Vedasi sul punto: G. ZANARONE, *Invalidità*, cit., 271, che in relazione al diritto di impugnativa del socio fa riferimento all'interesse legittimo inteso come interesse occasionalmente protetto, in coincidenza con la tutela dell'interesse sociale.

¹⁴⁶ A. BONETTA, *Il ritorno dell'art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*, in *Il caso.it*, 2019. L'autore, nell'affermare che violazione del nuovo art. 2086 c.c. integra una delle gravi irregolarità contemplate dall'art. 2049 c.c., muove dall'analisi dell'interesse del socio che promuove il relativo procedimento.

presupposto del *periculum* inteso come analisi comparativa del pregiudizio per la società, derivante dalla sospensione o meno dell'efficacia della deliberazione viziata, è coerente ritenere che la società non dovrebbe sortire maggiori danni dalla mancata adozione di un assetto organizzativo inadeguato rispetto all'ipotesi contraria, stante che si legittimerebbe la persistenza di una delibera invalida, passibile persino di denuncia di gravi irregolarità¹⁴⁷, solo perché in caso contrario non si avrebbe alcuna delibera. Altro tema che occorre scrutinare è quello della coesistenza tra azione demolitoria e risarcitoria¹⁴⁸, che possono essere esercitata parallelamente¹⁴⁹, anche in sede cautelare. Occorre segnalare sul punto che parte della giurisprudenza ritiene persino residuale l'azione di cui all'art. 2409¹⁵⁰, sulla considerazione per cui rispetto ad irregolarità, potenzialmente anche gravi, l'ordinamento consente rimedi o reazioni più specifici. Si pensi alla mancata convocazione dell'assemblea di una società per azioni a seguito della richiesta di una minoranza qualificata, ove questa potrà adire il Tribunale competente, non *ex art. 2409 c.c.* ma ai sensi dell'art. 2367, co. 2, c.c., chiedendo che il giudice con decreto ordini la convocazione, nonché alle ipotesi di mancata riduzione del capitale sociale per perdite, dove l'irregolare condotta degli amministratori consistente nella mancata attività di supplenza dell'assemblea può sfociare nella riduzione coatta del capitale sociale mediante provvedimento del Tribunale, previa richiesta del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza *ex art. 2446, co. 2, c.c.* A tale orientamento si contrappone quello che muove dal presupposto secondo cui i vizi invalidanti una delibera potrebbero consistere in violazioni delle regole organizzative e di diritti dei singoli soci o di terzi suscettibili di influire negativamente sulla gestione della società, quantomeno in via potenziale. Dunque, proprio alla luce della diversa «natura» e della diversa finalità dei

¹⁴⁷ Vedasi nota precedente, ma anche I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Le Società* n. 8-9/2020, pp. 988 e ss.; Assonime, *I doveri di amministratori e sindaci nella gestione della crisi d'impresa: una prima pronuncia del Tribunale di Milano sull'art. 2086 del Codice civile*, circolare 2/2021.

¹⁴⁸ Secondo quanto prevede l'art. 2388, comma 4, c.c. il procedimento di impugnazione delle deliberazioni consiliari invalide da parte dei soci è regolato, in quanto compatibile, con la disciplina dettata dagli artt. 2377 e 2378 c.c. in tema di impugnazioni di deliberazioni assembleari. Poiché l'art. 2377, comma 3, c.c. prescrive che l'impugnazione può essere proposta dai soci che possiedono tante azioni aventi diritto di voto che rappresentino l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre salvo riduzione od esclusione statutaria, parte delle dottrina (segnatamente F. Modulo, Commento sub art. 2388, in M. SANDULLI - V. SANTORO (a cura di), *La Riforma delle Società in Commentario del D.Lgs. 17.1.2003 n. 6, I*, Torino, 2003, 447) ritiene che tale requisito partecipativo minimo sia richiesto anche al socio che intenda impugnare una deliberazione consiliare invalida, di talché i soci che non rappresentano la parte di capitale minima e quelli che, in quanto privi di voto, non sono legittimati a proporre l'impugnativa, hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto. Si contrappone a tale orientamento quello in base al quale si valorizza l'agire del socio che nell'impugnare la delibera consiliare non è motivato da interessi in contrapposizione a quelli sociali, ma è piuttosto portatore di interessi individuali consacrati in una posizione giuridica soggettiva ritenuti lesi dalla decisione dell'organo gestorio; per tali motivi risulterebbe quindi irragionevole limitare l'accesso alla relativa tutela nell'ipotesi in cui il socio non risulti detentore di una determinata aliquota di capitale sociale (G.D. MOSCO, *Commento agli artt. 2380-2389*, in G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Commentario delle Società di capitali*, Napoli, II 2004, 633).

¹⁴⁹ C. MONTAGNINI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Rivista delle Società*, 2004, 1138; e L. MIOTTO, Sub art. 2409 c.c., in G. Cian e A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, Cedam, 2018, 2878.

¹⁵⁰ Così Trib. Venezia, Sez. Impr., 6 febbraio 2019, n. 285, secondo cui sono passibili di denuncia le sole irregolarità che riguardano "l'intera attività della società, non assumendo rilievo l'illegittimità di singoli atti, autonomamente impugnabili, posto che, in caso contrario difetterebbe il requisito della residualità del procedimento in esame". Conforme: Trib. Bologna, 19 maggio 2019, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25340 - pubb. 26/05/2021.

rimedi, il tema del rapporto tra denuncia ex art. 2409 c.c. e l'impugnazione delle delibere societarie va risolto in termini di piena «autonomia» del primo istituto rispetto al secondo e, dunque, di «concorrenza» e non di reciproca esclusione. Tale autonomia comporterebbe peraltro che il giudice chiamato a valutare l'esistenza delle gravi irregolarità nella gestione possa incidentalmente prendere in esame vizi, formali o sostanziali, che afferiscono alle delibere, al fine di valutare non già l'atto in sé ovvero la sua eliminazione, che va chiesta attraverso l'impugnazione delle deliberazioni, ma al fine di valutare le ripercussioni di quei vizi sulla corretta gestione societaria¹⁵¹. Il dibattito richiamato e le ragioni a sostegno delle rispettive tesi portano tuttavia in entrambi i casi a concludere che ove l'oggetto principale dell'azione sia la rimozione della deliberazione istitutiva dell'assetto organizzativo già adottata dal consiglio, probabilmente il rimedio principale sarebbe proprio quello reale e cautelare, stante che l'azione ex art. 2409 - prescindendo dalla sua residualità - non ha propriamente una funzione demolitoria, se non in via incidentale. Peraltro, la giurisprudenza si è finora espressa circa la compatibilità di tale strumento in tema di assetti organizzativi solo con riferimento alla mancata adozione e non rispetto a quella carente o viziata.

Infine, un cenno ai possibili effetti della domanda di tutela reale. Secondo la disciplina di legge la società può sostituire una delibera impugnata con altra conforme alla legge, risolvendo i vizi da cui era affetta; il rimedio impugnatorio potrebbe dunque indurre gli amministratori a modificare in senso conforme a legge gli assetti. In tal caso, dopo la sostituzione, l'annullamento giudiziale della delibera è precluso per effetto della cessazione della materia del contendere¹⁵², né è possibile ipotizzare l'estensione del sindacato del giudice alla nuova delibera, stante la diversità dell'oggetto e la conseguente novità dell'eventuale domanda introdotta in giudizio. Deve escludersi cioè che la nuova delibera possa essere oggetto di un accertamento incidentale ai soli fini della verifica delle condizioni di operatività della norma contenuta nell'art. 2377, co. 8, c.c., stante la necessità, allo scopo di privare di efficacia la delibera successivamente adottata, di una pronuncia costitutiva di annullamento, per sua natura incompatibile con un accertamento *incidenter tantum*. Al giudice dell'impugnazione della prima delibera, pertanto, è preclusa ogni valutazione circa la validità della delibera sostitutiva, con la sola eccezione della possibilità di rilevare, ove ricorrano, vizi comportanti la nullità della stessa delibera a norma dell'art. 2379 c.c. Tale nullità, infatti, determinando l'improduttività di qualsiasi effetto della seconda delibera, rilevabile anche d'ufficio, senza necessità di alcuna pronuncia costitutiva, potrebbe essere assoggettata, indipendentemente dall'impugnazione da parte degli interessati, a sindacato incidentale in seno al processo scaturente dall'impugnazione della delibera originaria¹⁵³. Ove gli amministratori non istituiscano un nuovo assetto organizzativo e, pertanto, la delibera venga dapprima sospesa e poi annullata gli scenari sono diversi. La delibera sospesa non può avere esecuzione, sicché l'assetto organizzativo ivi istituito non può trovare attuazione, ma questo comporterebbe che, come si anticipava, la società ne rimanga priva. Ciò costringerebbe comunque gli amministratori ed in loro assenza i sindaci a provvedere, tenendo conto delle ragioni per le quali l'autorità giudiziaria adita ha statuito la sospensione ovvero l'annullamento¹⁵⁴, anche mediante convocazione assembleare e loro

¹⁵¹ Trib. Roma, sez. spec., 21 luglio 2020 e in senso conforme Trib. Parma, 28 marzo 2013, entrambe in *dejure.it*.

¹⁵² Cfr. Trib. Palermo 21 giugno 2021, in *Giurisprudenza delle Imprese* - Massima a cura di PALMISANO V.R.

¹⁵³ Cfr. Trib. Roma 25 novembre 2022, in *Giurisprudenza delle Imprese* - Massima a cura di NOVARA M.

¹⁵⁴ Analogamente a quanto accade a seguito dell'impugnazione del bilancio di esercizio, ove "ben lungi dal riserovare al giudice il compito di redigere un bilancio c.d. "giudiziale", il legislatore si limita ad imporre agli

sostituzione, ovvero nomina da parte del tribunale di un amministratore giudiziario che vi si sostituisca nell'adempimento dell'obbligo, poiché la società non può rimanere priva di tale presidio. Tale soluzione è espressamente prevista dall'art. 2409 c.c., nel caso in cui il tribunale provveda alla nomina dell'amministratore giudiziario al fine di ripristinare l'ordine gestionale posto in crisi dal compimento di gravi irregolarità da parte dell'organo amministrativo, ma anche nell'ambito della disciplina concorsuale, con specifico riferimento all'esecuzione del concordato di cui all'art. 118 CCII, ove il Tribunale, nel nominare un amministratore giudiziario e stabilire la durata dell'incarico, attribuisce a questi il potere di compiere tutti gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata, ivi compresa persino l'adozione delle decisioni tipicamente rimesse all'organo assembleare, quale l'aumento di capitale¹⁵⁵. In altri termini, anche la sospensione della delibera istitutiva, pur non potendo comportare l'imposizione di un assetto diverso, potrebbe determinare comunque la possibilità di attivare una tutela di carattere sostitutivo, basata sull'intervento suppletivo dell'autorità giudiziaria, innescato proprio dall'inerzia degli organi sociali a seguito della sospensione dell'istituzione del nuovo assetto. Occorre tuttavia segnalare che, stante la pervasività e l'ingerenza nell'organizzazione aziendale per effetto della nomina di un amministratore giudiziario, la giurisprudenza maggioritaria tende a concedere tale misura nei soli casi e limiti in cui la legge lo prevede¹⁵⁶ e poiché una delle ipotesi tipizzate (la principale) è costituita dalla denuncia di gravi irregolarità gestorie, ammissibile, come si è detto, in ipotesi di violazione dei doveri sanciti dall'art. 2086 c.c., specie quando gli assetti organizzativi siano del tutto carenti, appare coerente ritenere che, ove a seguito di sospensione - e a maggior ragione di invalidazione - della deliberazione istitutiva degli assetti organizzativi l'organo gestorio rimanga inerte e non adotti i provvedimenti opportuni per modificare gli assetti in senso conforme alla legge, si potrà agire denunciando la grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c., invocando così la nomina dell'amministratore giudiziario, perché vi provveda in luogo dell'amministratore inadempiente. Tale

amministratori l'obbligo di tenere conto delle ragioni per le quali l'Autorità giudiziaria adita ha pronunciato la sentenza di annullamento". In questi termini L. GIANNINI E M. VITALI in L'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio nella società di capitali. 2007, Maggioli Editore. p.222.

¹⁵⁵ Sul punto si segnala: Trib. Napoli, Sez. fall. Decreto 17/11/2021, secondo cui "qualora la proposta di concordato preventivo proveniente dalla debitrice, e successivamente omologata, preveda un aumento del capitale sociale, nel caso dell'insorgere di conflitto tra i soci che impedisca la corretta esecuzione del concordato, il tribunale può nominare un amministratore giudiziario che, in sostituzione dell'organo amministrativo, provveda dapprima alla convocazione dell'assemblea, e dappoi, in caso di difetto deliberativo, ad adottare, in sostituzione dei soci, una deliberazione conforme a quanto previsto nella proposta".

¹⁵⁶ In tal senso si guardi alle pronunce che hanno negato la nomina di amministratore giudiziario a seguito di revoca cautelare: Trib. Roma, 23/11/2022, con cui viene ribadita l'attribuzione esclusiva dell'assemblea per la nomina di nuovo amministratore e l'eventuale inerzia determinerà non già la nomina dell'organo gestorio da parte del Tribunale, bensì l'impossibilità di funzionamento della società, con conseguente lo scioglimento e liquidazione, in Giurisprudenza delle Imprese. In senso conforme: Trib. Napoli del 2/05/2022 secondo cui i soci che denunciano irregolarità nella gestione e rappresentano la minoranza assembleare, più che alla rimozione in sé dell'organo di gestione (che può anche avvenire, ma alla quale seguirebbe la nomina di altro amministratore sempre da parte della stessa maggioranza) hanno interesse a che, tramite il tribunale, vi sia il ripristino della corretta gestione anche in contrasto con la maggioranza dovendo pertanto esperire l'azione prevista dall'art. 2409 c.c.; ed ancora: Trib. Milano, 18/12/2018, secondo cui: *La revoca degli amministratori di S.r.l. costituisce un rimedio cautelare tipico (quanto straordinario, attesa la legittimazione sostitutiva che il co. 3 dell'art. 2476 c.c. attribuisce ad ogni socio) dai contorni normativi definiti, che può soltanto condurre alla rimozione dell'amministratore in carica e che non attribuisce al giudice il diverso potere (di natura costitutiva ed incidente sulla sfera di autonomia dei soci) di nominare un amministratore in sostituzione di quello revocato* in Giurisprudenza delle Imprese, massima a cura di D. RUSSO.

ricostruzione appare coerente con la disciplina delle impugnazioni delle deliberazioni di approvazione del bilancio, dalle quali non deriva in via generale una tutela di carattere sostitutivo attuata dal Tribunale¹⁵⁷, ma ove la contestazione del vizio sia uno strumento atto a far emergere gravi irregolarità compiute dagli amministratori questi ben potranno essere sostituiti con un amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁵⁸, al quale sarà richiesto di provvedere alla redazione degli assetti in modo conforme ai principi generali e alla legge.

¹⁵⁷ Sul punto si segnala un antico dibattito che vi era stato tra dottrina e giurisprudenza negli anni 70, originato da una sentenza del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 30 maggio 1977 in *Giur. Comm.*, 1977, II, 677, con nota di ARRIGONI e in *Riv. Dir. Comm.*, 1977, II, 410, con nota di FERRI) che, nel dichiarare la nullità di una delibera di approvazione del bilancio di esercizio, ordinava agli amministratori di osservare le ragioni in base alle quali la nullità era stata dichiarata, nella redazione del nuovo bilancio. Tale pronuncia fu accusata dai commentatori di aver introdotto per la prima volta un "bilancio giudiziale". Il dibattito, tuttavia, sembra essere superato dalla formulazione post riforma dell'art. 2377, comma 7, c.c. che consente ai giudici di richiamare nel dispositivo delle loro sentenze il terzo comma dell'art. 2434- bis, come completamento del capo con cui si condannano gli amministratori ad assumere i conseguenti provvedimenti.

¹⁵⁸ Trib. Novara, 21 maggio 2012, *Il Caso.it*, I, 7259; Trib. Tivoli, 29 marzo 2012, *Società*, 2012, 714; Trib. Salerno, 22 febbraio 2011, *ivi*, 2011, 909, con nota di CAVANNA, "Il controllo giudiziario nelle cooperative in forma di s.r.l."; Trib. Napoli, 8 ottobre 2008, *ivi*, 2010, 207, con nota di ZAPPALÀ, "Ancora sulla denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l."; Trib. Roma, 13 luglio 2000, *Giur. it.*, 2000, 2103; LIBONATI.